1

مدارك ______ الاقطع

فى شرح القدورى [illegible] الملك العلام



744

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين والله الموفق بمنه وكرمه

كتاب النكاح

قال الشيخ الإمام أبو نصر أحمد بن محمد البغدادي رحمة الله عليه النكاح في اللغة
حقيقة في الوطء يقول العرب تناكح النعسان إذا انعقدا ولا وقالوا انكحنا الفرى فسترى يضربون ذلك مثلا
للأمر يجتمعون عليه فينظرون ماذا يكون فيه وهو في الشرع أيضا حقيقة في الوطء مجاز في العقد لأن
العقد الذي يتوصل به إلى الوطء يسمى نكاحا ولا يسمى عقدا والذي لا يتوصل به إلى الوطء لا يسمى نكاحا
فعلم أنه مجاز فيه وقال الشافعي هو في الشرع عبارة عن العقد لأن الله تعالى لم يذكر النكاح
في القرآن إلا والمراد به العقد وهذا الذي قاله لا يصح لأن الله تعالى قد ذكر النكاح في القرآن
والمراد به الوطء بالإجماع وهو قوله تعالى الزاني لا ينكح إلا زانية وكل موضع حمل على العقد
فإنما حمل عليه بدليل قارن اللفظ مثل قوله فانكحوهن بإذن أهلهن لما كان الوطء لا يقف على الإذن
علم أن المراد به العقد وقوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع لما كان الوطء لا
يتقدر علم أن المراد به العقد والنكاح جائز مندوب إليه وليس بواجب وقال نفاة القياس
هو واجب وليس بصحيح ولا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج
ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء فأقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب
والواجب لا يقوم مقامه ما ليس بواجب ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطء فلا يكون واجبا
كشرى الجارية **قال** رحمه الله النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي
أو بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجني فيقول قد زوجتك أما
اعتبار الإيجاب والقبول فلأن العقد عبارة عن الإيجاب والقبول فلا بد أن يأتي بهما وأما
انعقاده بلفظ المستقبل مثل أن يقول زوجني ابنتك أو يقول جئت خاطبا ابنتك أو جئت
لتزوجني ابنتك أو يقول قد جئت خاطبا فيقول الأب قد زوجتك فيصح النكاح ويلزم وليس
للخاطب أن يقول ما قبلت وكذلك لو قال لامرأة أتزوجك على ألف فقالت قد تزوجتك
على ذلك فهو عقد جائز وهذا كله استحسان وكان القياس أن لا ينعقد إلا بلفظ الماضي لأن
لفظ الاستقبال عدة وألفاظ الماضي لا يراد بها إلا الإيجاب والمقصود هو الإيجاب دون
العدة وإنما تركوا القياس لأن النكاح لا يحضره السوم فالظاهر من جميع ألفاظه الإيجاب
فصار جميع ذلك في معنى الماضي فانعقد به **قال** ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضرة
شاهدين حرين بالغين عاقلين مسلمين أما اعتبار الشهادة في النكاح فهو شرط عندنا وقال

ملك

ملك ليس بشرط وأما الإعلان شرط فإن حضر العقد شهود وشرط فيه الكتمان فهو فاسد عنده
دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح إلا بشهود ولأنه عقد فلا يفسده شرط الكتمان أصله
سائر العقود وأما قوله حرين بالغين عاقلين مسلمين فلأن من كان على غير ذلك لا تقبل شهادته
على ما نبينه في موضعه **قال** أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف
أما انعقاد النكاح بشهادة رجل وامرأتين خلاف ما قاله الشافعي فلقوله صلى الله عليه وسلم
لا نكاح إلا بشهود ظاهره يقتضي انعقاده بما يطلق عليه اسم الشهود وذلك موجود في رجل
وامرأتين ولأنها شهادة يثبت بها المال فجاز أن ينعقد بها النكاح كشهادة رجلين وأما قوله عدولا أو كانوا
غير عدول فصحيح عندنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق وقال الشافعي لا ينعقد دليلنا أن الفاسق
يملك قبول النكاح لنفسه فانعقد بحضوره كالعدل ولأن حضور الشهود عقد النكاح تحمل شهادة
وتحمل الفاسق للشهادة يصح الدليل عليه سائر الشهادات وأما المحدود في القذف فهو فاسق أيضا
كغيره من الفساق وقد قال أصحابنا في صفة الشهود الذين ينعقد النكاح بحضورهم وهذا الاعتبار
صحيح لأن الشهادة من شرائط العقد كما أن القبول من شرائطه فصح اعتبار أحدهما بالآخر وإذا ثبت
هذا الأصل قلنا لا ينعقد بحضور الصبي والمجنون والعبد لأن كل واحد منهم لا يملك قبول النكاح لنفسه
فلم ينعقد بحضوره وكذلك الكافر إذا حضر نكاح المسلمين كما لم يملك قبول النكاح لنفسه لم ينعقد بحضوره
قال فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز وبه قال الشافعي أن الذي ملك قبول هذا العقد لنفسه فانعقد بحضوره
كالمسلم ولأنه يجوز ثبوت هذا العقد بشهادتهما إذا جحدت المرأة وقد كان حضرهما مسلمان حال
العقد وكل من جاز أن يثبت النكاح بشهادته فإنه ينعقد بحضوره كالمسلم وجه قول محمد أن
شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة دون كلام الزوج فلا ينعقد
وهذا غير صحيح لأن سماع الكافر في حق المسلم سماع صحيح بدليل أنهما لو أسلما وقد كان حضر معهما
العقد مسلمان ثبت بشهادتهما فدل على صحة سماعهما في حقه **قال** ولا يجوز للرجل أن يتزوج
بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم واسم الأم
يتناول الجدات مجازا فمن قال إن اللفظ الواحد يجوز أن يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة
حرمهن بالآية ومن قال إن اللفظ لا يحمل عليهما حرم الأم بالآية وحرم الجدات بالإجماع
قال ولا بابنته ولا بنت ولده وإن سفلت وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم

كانوا

واسم البنت تتناول بنات الابن مجازا فمن اجاز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة
حرمهن بالاية ومن لم يجز ذلك حرم ابنة الصلب بالاية وحرم من سواها بالاجماع ولا باخته
ولا بعمته ولا بخالته ولا ببنات اخيه وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم
وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت واسم الاخت يتناول الاخوات المتفرقات
فكلهن حرام بظاهر الاية فاما عمة الاب وعمة الام وخالة الاب وخالة الام فحرام بالاجماع
وحرم الله تعالى الاخت وولدها وحرم العمة والخالة دون ولدها فولد العمة والخالة حلال
وولد الاخ والاخت حرام قال ولا بام امراته دخل بابنتها او لم يدخل وذلك لقوله تعالى
وامهات نسائكم وهو عام وعن عبد الله بن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح الرجل
المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج الام وروي مثل
ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما وقال ابن عباس ابهموا ما ابهم الله وقد كان ابن مسعود يرى انها
لا تحرم بنفس العقد ثم رجع وروي عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما مثل ذلك ايضا والصحيح
عنهما انها تحرم بنفس العقد وقال بشر المريسي لا تحرم حتى يدخل بابنتها واحتج في ذلك بقوله تعالى
وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن قال والمعطوف
بعضه على بعض اذا تعقبه شرط عاد الى جميعه كمن قال لامراته طالق وعبده حر ان دخل الدار
وهذا الذي ذكره لا يصح لان الشرط انما يعود الى جميع ما تقدم اذا امكن وليس يمكن في مسالتنا
رد الشرط الى امهات النساء وذلك لانه قد استقر في العربية ان العامل في الصفة هو العامل
في الموصوف وثبت ايضا ان المعمول الواحد لا يكون معمولا لعاملين وقوله تعالى وامهات
نسائكم معمول لاجر بالاضافة وقوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم جر بحرف الجر فلو عاد
قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن اليهما لصار قوله وامهات نسائكم معمولا بالاضافة وبحرف الجر وذلك
لا يصح قال ولا ببنت امراته التي دخل بها سواء كانت في حجره او في حجر غيره وذلك لقوله
تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وان لم يكن دخل بامراته وفارقها
جاز ان يتزوج بابنتها ويستوي في تحريم الربيبة ان تكون في حجره او في حجر غيره وعن علي رضي الله
عنه انها لا تحرم الا ان تكون في حجره لنا ان تحريم الربيبة تحريم موبد والتحريم الموبد يستوي فيه
القرب والبعد كامهات النساء وقوله تعالى في حجوركم ليس بشرط وانما ذكر ذلك لان العادة
ان الربيبة تكون في حجر زوج امها فخرج الكلام على العادة وهذا كقول النبي صلى الله عليه

وسلم في خمس وعشرين من الابل ابنة مخاض وهي التي تمت لها سنة ودخلت في الثانية ووصف
امها بالمخاض لانها في الغالب تكون في السنة الثانية كذلك وليس بشرط في جوازها كذلك في مسالتنا
قال ولا بامراة ابيه واجداده وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء وامراة
الاب حرام بظاهر الاية وكذلك امراة الجد من قبل الاب ومن قبل الام لان اسم الاب يتناولهما
على وجه المجاز فهي حرام بظاهر الاية وعلى قول من جوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز
وبالاجماع على قول من منع ذلك قال ولا بامراة ابنه وبني اولاده وذلك لقوله تعالى وحلائل
ابنائكم الذين من اصلابكم وامراة الابن حرام على الاب دخل بها الابن او لم يدخل لان تحريمها
مبهم فهو يكون على عمومه ويختص التحريم بها دون غيرها فيجوز للاب ان يتزوج بامها وبنتها
وقوله تعالى من اصلابكم وانما ذكر الاصلاب لان العرب كانت تستلحق بالبنين وينسبونهم
الى انفسهم بالنبوة الى ان نهى الله عن ذلك بقوله ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فخص
الله تعالى البنين من الاصلاب بالذكر ليبين ان امراة الابن من التبني ليست بحرام عليه
فاما امراة ابن الابن وان سفلت وامراة ابن البنت فحرام اما بظاهر الاية على قول من جوز
حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز وبالاجماع على قول من منع ذلك فان قيل كيف يقال
لولد الولد انه من الصلب قيل له لا يمنع ذلك اذا كان اصلهم الصلب كما قال الله تعالى
هو الذي خلقكم من تراب وان كانت هذه الصفة لاول الخلق كذلك هذا قال ولا بامه من
الرضاعة وذلك لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة قال ولا يجمع
بين الاختين بنكاح ولا بملك يمين اما الجمع بين الاختين في عقد النكاح فحرام بظاهر
الاية واختلفوا في الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين فروي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله
عنهم انه يحرم وقال عثمان رضي الله عنه كل شيء حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه من الاماء الا الجمع
والدليل على ما قلناه قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما في غير ذلك احكام
النكاح الدليل عليه ان الجمع بينهما في غير ذلك جائز وهذا موجود في الجمع بينهما في الوطء بملك
اليمين وروي ان رجلا سال عثمان عن ذلك فقال اما انا احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما
اية فخرج الرجل من عنده فوجد علي بن ابي طالب رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال لو ان الي
من الامر شيء لجعلت من فعل ذلك نكالا وانما توقف عثمان في ذلك لان التحليل والتحريم
اذا تعارضا كان التحريم اولى من الاخر واذا ثبت ان الجمع بين الاختين لا يحل قلنا ان تزوجهما

في عقد واحد فنكاحهما فاسد لان الجمع بينهما لا يصح بظاهر الاية ولا يجوز ان يصح نكاح احداهما
بعينها لانه ليس احداهما اولى من الاخرى ولا يجوز ان يصح نكاح احداهما بغير عينها لان النكاح لا يصح
في امراة مجهولة فلم يبق الا بطلان نكاحهما وامّا اذا تزوج احداهما بعد الاخرى فنكاح الثانية
باطل ويفرق بينهما وذلك لان نكاح الاولى وقع صحيحًا والمنع حصل في نكاح الثانية لان الجمع به
حصل فاختص الفساد به وامّا قوله تعالى الا ما قد سلف فقد قيل فيه تاويلان احدهما ان من جمع بين
الاختين قبل التحريم ثم طرا عليه التحريم جاز له البقاء على ذلك العقد والثاني لا اثم على من جمع قبل التحريم
وهو اصح من الاول قال ولا يجمع بين المراة ولا بين عمتها ولا خالتها ولا ابنة اخيها ولا ابنة اختها
وذلك لما روى جابر وابن عباس وابو هريرة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح
المراة على عمتها ولا على خالتها ولا ابنة اخيها ولا ابنة اختها ولا تسال المراة طلاق اختها لتكفئ ما في
صحفتها فان الله رازقها وهذا من اخبار الاستفاضة لان الامة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه لاجله
فهو اكد من اخبار الاحاد ولا خلاف في ذلك الا ما روي عن عثمان البتي انه قال يجوز الجمع فيما سوى
الاختين واحتج بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم وهذا لا يصح لانه تعالى شرط
في الاباحة الاحصان وهو مجمل والاباحة اذا شرط فيها شرط مجمل صار مجملة والمجمل يحتاج الى بيان
ويصح بيانه بخبر الواحد فيكون الخبر الذي رويناه بيانا للاية قال ولا يجمع بين امراتين لو كانت
كل واحدة منهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى وهذا الذي ذكره صحيح وهو معتبر بالاختين وبالجمع
بين المراة وعمتها قال ولا باس بان يجمع بين امراة وابنة زوج كان لها من قبل وقال زفر لا يجوز
الجمع بينهما دليلنا ان احداهما لو كانت رجلا وهي الزوجة جاز له ان يتزوج بالاخرى فلم يعم
التحريم الجانبين فصار كالاجنبيين وقد روي ان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي رضي الله عنه
وابنة زوج كان لها من قبله وجه قول زفر ان البنت لو كانت رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى
فلم يجز الجمع بينهما كالاختين قال ومن زنا بامراة حرم عليه امهاتها وبناتها وقال الشافعي
الزنا لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولو زنا بام امراته لم يقع بينهما فرقة عند الشافعي وعندنا
تقع الفرقة بينه وبين زوجته لنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسآء والنكاح حقيقة
في الوطء على ما بيناه وانما سمي العقد نكاحا على وجه المجاز وحمل اللفظ على حقيقته اولى وان
كان الاسم يتناول الامرين حمل على عمومه ولانه وطء مقصود في موطوءة فوجب ان يتعلق به تحريم
المصاهرة كالوطء بالنكاح وكما لو وطئ امته المزوجة او وطئ جارية ابنه قال روي عن

النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الحرام لا يحرم الحلال قال ان صح هذا الخبر فهو متروك
الظاهر لان الحرام قد يحرم الحلال كالوطء بنكاح فاسد ووطء المتعة ووطء الرجل جاريته المزوجة
والنجاسة اذا اختلطت بالماء واذا كان متروك الظاهر لم يمكن حمله على العموم فيحمل على ما روي
عن عطاء انه قال انما اراد به الرجل يزني بالمراة ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطء بالزنا العقد الحلال ن
وقد قال اصحابنا اذا لمس امراة بشهوة او قبلها او نظر الى فرجها بشهوة حرمت عليه امها
وابنتها وقال الشافعي في اختلاف ابن ابي ليلى اذا لمس الرجل الجارية حرمت على ابيه وابنه ولا
تحرم عليهما بالنظر ولم يذكر غير ذلك وقال اصحابه له قول اخر ان المباشرة من غير وطء لا يتعلق
بها التحريم دليلنا ما روي بن هانئ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من نظر الى فرج امراة لم تحل
له امها ولا ابنتها وهو مأثور عن عمر رضي الله عنه انه جرد جارية له فساله بعض ولده اصحابه اياها
فابى وقال انه لا يحل لك وروي ان مسروقا كتب الى اهله في جاريته الا فبيعوها اني لم
اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من اللمس والنظر وروي مثل ذلك عن الحسن ومجاهد
والزهري وجابر بن زيد لان اللمس والنظر الى الفرج بشهوة لا يحل الا بنكاح او ملك يمين فصار
كالوطء قال واذا طلق الرجل المراة طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها ولا
يجوز له ان يتزوج باربع سواها وروي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت
يقول بجواز ثم رجع الى قولهما وقال الشافعي يجوز لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يجمع ماؤه في رحم اختين ومتى تزوج اختها مع
بقائها في العدة فقد جمع ماءه في رحمهما ولانه معنى منع منه احد الزوجين لاجل نكاح صاحبه
فيبقى ببقاء العدة اصله منعها من الازواج قال ولا يجوز ان يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها
وقال نفاة القياس يجوز لنا قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم فاباح الفرج باحد الامرين فالظاهر انه لا يستباح بهما في حالة واحدة ولان النكاح يتعلق
بحقوق تجب لكل واحد من الزوجين على الاخر والملك للحقوق لا تثبت على المولى لامته
ولا على المراة لعبدها واحكام العقود اذا انتفت لم تنعقد كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم
لما انتفى موجب العقد الذي هو الاستباحة قال ويجوز تزويج الكتابيات وذلك لقوله تعالى
والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ولانها ممن له كتاب من كتب الله تعالى فجاز تزويجها
للمسلم اصله المسلمة قال ولا يجوز تزويج المجوسيات لانه لا كتاب لهم فدخلوا تحت قوله

تعالى ولا تنكحوا المشركات والدليل على انه لا كتاب لهم ان عمر رضي الله عنه قال ما اصنع بالطائفة
التي لا كتاب لهم فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال ولا الوثنيات وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن
وهو عام قال ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يومنون بنبي ويقرون بكتاب وان كانوا
يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم وذلك لانه اذا كان لهم كتاب ودين يومنون
به فهم اهل كتاب فلا شبهة في جواز مناكحتهم وان كانوا يعبدون الكواكب فهم بمنزلة عابد
الوثن فلا يجوز مناكحتهم هذا هو الصحيح من المذهب واصحابنا يجعلونها مسئلة خلاف فيقولون
عند ابي حنيفة تجوز مناكحتهم وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز وليس فيها خلاف على الحقيقة
لان ابا حنيفة اجاز في فرقة لها كتاب وانما يعظمون الكواكب كما يعظم المسلم القبلة وابو يوسف
ومحمد اجابا على من يعبد الكواكب كما يعبد الاوثان وكل واحد منهما لا يخالف صاحبه فيما
اجاب به قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حال الاحرام وقال الشافعي لا يجوز
للمحرم ان يتزوج وهو محرم ولا يكون وليا في الانكاح لنا ما روى ابو هريرة وعائشة ان النبي
صلى الله عليه وسلم تزوج وهو محرم وكذلك روى جابر عن ابن عباس ولانه سبب يتوصل
به الى الوطء فلا يمنع منه الاحرام كشرى الجارية فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب قيل له معناه لا يطأ المحرم ولا يمكن المحرمة من نفسها
لنوفق بين خبرنا وخبرهم ومعنى قوله ولا يخطب ولا يلتمس الوطء قال وينعقد نكاح المراة الحرة
البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها ولي عند ابي حنيفة بكرا كانت او ثيبا وقال
ابو يوسف ومحمد لا ينعقد الا باذن الولي وقال الشافعي لا يجوز ان تعقد المراة النكاح
لنفسها ولا لغيرها بحال وجه قول ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها
من وليها وهو عام ولان من ملك التصرف في ماله بعوض وغير عوض جاز ان يعقد النكاح لنفسه
اصله الرجل وجه قوله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الجواب
ان هذا الخبر مطعون في روايته ولو صح اقتضى امراة لها ولي والولي في الاطلاق من ينفرد
بالتصرف والمراة التي اختلفنا فيها ليس لها ولي في الاطلاق بل هي ولية نفسها وانما تثبت
الولاية على المجنونة والامة والصغيرة وهو لا يصح نكاحهن بغير اذن الولي فلم يتناول
الخبر موضع الخلاف قال ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة وقال الشافعي يجوز ذلك للاب والجد

لنا ما روى ابن عباس وابن عمر وجابر ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح امراة زوجها
ابوها وهي كارهة وروي انها اتت النبي صلى الله عليه وسلم فخيرها ذكره ابو داود
ولان لها ان تطالب الاب بالعقد اذا امتنع فكان لها ان تمتنع من العقد اذا كرهته اصله
الثيب فان قيل لما لم يقتض نكاحها الى نطقها مع القدرة عليه لم يفتقر الى رضاها كالصغيرة
قيل له الصغيرة لا يعتبر رضاها في ساير العقود كذلك في النكاح والبالغة يعتبر رضاها
في ساير العقود كذلك في النكاح اصله الثيب قال فاذا استاذنها فسكتت او ضحكت
فذلك اذن وجملة ذلك ان العقد لا يجوز عليها الا برضاها وذلك يعلم بقول او بفعل يدل على
الرضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت ان وطيك زوجك فلا خيار لك فجعل
تمكينها زوجها دليلا على الرضا بالنكاح وقد كان القياس ان لا يكون سكوتها رضا لان الساكت
قد يكون راضيا وقد يكون ساخطا فلا يجوز اثبات الرضا بالشك وانما تركوا القياس لان النبي
صلى الله عليه وسلم قال البكر تستامر في نفسها فقيل له انها تستحيي فقال اذنها صماتها وسكوتها
اقرارها فاما الضحك فانه يدل على الرضا اكثر من دلالة السكوت قال اصحابنا والسكوت
والضحك انما يكون اذنا اذا كان المزوج لها الولي فان كان غير الولي لم يكن الاذن الا بالقول
وذلك لان غير الولي انما يزوج بالوكالة والوكالة لا تصح الا بالنطق فاما اذا استاذنها فبكت
فانه لا يزوجها عند محمد ويزوجها عند ابي يوسف وعن ابي يوسف ان البكاء رضا منها وجه
قول ابي يوسف ان البكاء قد يكون لشدة الحيا فاشبه السكوت وجه قول محمد ان البكاء
يدل على الكراهة فصار كالامتناع قال فان ابت لم يزوجها وهذا لما بينا انه لا يجوز تزويجها
الا برضاها فاذا ابت دل على فقد رضاها فلم يجز تزويجها قال واذا استاذن الثيب
فلا بد من رضاها بالقول وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تستامر في نفسها والامر
انما يكون بالقول ولانه لما اعتبر رضاها في هذا العقد وجب ان يكون بالقول اصله عقد البيع
وكذلك القياس في البكر ايضا وانما تركوا القياس فيها للخبر قال واذا زالت بكارتها بوثبة او
حيضة او جراحة فهي في حكم الابكار وقال بعض اصحاب الشافعي هي في حكم الثيب لنا قوله صلى
الله عليه وسلم البكر تستامر في نفسها فقيل انها تستحيي فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها
وسكوتها اقرارها فجعل العلة في ذلك وجود الحيا وهو موجود فيمن زالت بكارتها بالوثبة
والحيضة قال واذا زالت بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تزوج كما

تزوج الثيب وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان البكارة زالت بسبب لا يتعلق
به احكام النكاح فلا يكون في حكم الثيب كما لو زالت بوثبة وجه قولهما ان وطيها يزيل الحيا
الذي يتعلق به احكام الابكار ويجعلها في حكم الثيب الدليل عليه اذا وطيها بشبهة او بنكاح
فاسد والجواب انها اذا زنت مرة فلا يزول حيا وها عند الولي وانما يزول عند الزاني
للاجابة لا سيما اذا لم يتكرر الزنا منها والمعتبر وجود حيا بها عند استيذان الولي لها وذلك
موجود قال وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها ولا
يمين عليها وقال زفر القول قول الزوج دليلنا انه قد وجدها هنا ظاهر يدعيه الزوج
وهو السكوت وظاهر تدعيه المراة وهو بقا ملكها فتقابل الظاهران والاصل ان الملك
لم يزل فبقي على ما كان عليه وجه قول زفر ان الاصل السكوت فالزوج يدعي الاصل وهي
تدعي امرا حادثا فلا يقبل قولها الا بدليل واما قوله ولا يمين عليها فهذا قول ابي حنيفة
وعنده لا يستحلف على النكاح وحقوقه مثل الرجعة والفي في الايلا والنسب ولا في الرق
وحقوقه مثل الاستيلاد والولا ولا في الحدود وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في جميع
ذلك الا في الحدود وهو قول الشافعي وهذا الاختلاف بين اصحابنا فرع على اختلافهم في معنى
النكول فعند ابي حنيفة انه قايم مقام البدل وليس بصريح بدل وعندهما هو قايم مقام
الاقرار وجه قول ابي حنيفة في هذه المسلة ان المدعى عليه اذا كان بريا من الدعوي فهو مخير
بين اسقاطها عن نفسه باليمين وبين التزامها بالنكول ومن خير بين اسقاط شي عن نفسه او
التزامه فانه اذا التزمه يكون باذلا له كالواهب والموصي ولا يشبه هذا الاقرار
لان المقر ليس بمخير الا ترى انه ان كان صادقا فالزمه الاقرار وان كان بريا لم يجز له ان يقر
لانه كذب وجه قولهما ان النكول يثبت حكمه في حق الماذون والمكاتب والوكيل والبدل
هو لا يصح فلما صح منهم النكول دل على انه ليس ببدل وانه اقرار لان اقرارهو لا يصح والجواب
ان عند ابي حنيفة ليس هو بصريح بدل وانما الجري مجراه وهو لا يصح منهم ما اجري مجرى
البدل الدليل عليه المحاباة واذا ثبت من اصل ابي حنيفة انه في معنى البدل وكان بذل النكاح
وحقوقه والرق لا يصح استيفاها مع البدل كاستيفاها من غير بدل في الحكم المتعلق بها ما لم يكن
لاستيفايها بالنكول فايدة اذا وفايدة اليمين في حق المدعي النكول فما لا يستوفي بالنكول
لا فايدة لليمين فيه وما لا فايدة لليمين فيه لا يصح المطالبة به واذا ثبت من اصلهما ان النكول

قايم

قايم مقام الاقرار وكانت هذه المعاني يجوز اثباتها بما قام مقام الغير كالشهادة على الشهادة جاز
اثباتها بالنكول فيكون في اليمين فايدة قال وينعقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج والتمليك
والهبة والصدقة اما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه واما انعقاده بلفظ
الهبة والتمليك فهو قول اصحابنا وقال الشافعي لا ينعقد دليلنا قوله تعالى وامراة مومنة
ان وهبت نفسها للنبي فدل على جواز عقد النكاح للنبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة وكل
لفظ جاز للنبي صلى الله عليه وسلم ان ينعقد به النكاح جاز لغيره ايضا ان ينعقد به اصله النكاح
ولما روي ان امراة جات الي النبي صلى الله عليه وسلم فقالت جيت لاهب نفسي لك فنظر
اليها فصعد البصر وصوبه ثم طاطا راسه فقام رجل من اصحابه فقال يا رسول الله ان لم
يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال صلى الله عليه وسلم اذهب فقد ملكتكها بما معك من
القران ولانه لفظ يتعلق به التمليك من غير توقيت فجاز ان ينعقد به النكاح كلفظ النكاح قال
قيل كل لفظ ينعقد به غير النكاح لا ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة قيل له الاجارة
التوقيت شرط في صحتها وهو مبطل للنكاح والتابيد من شرايط النكاح وهو يفسد الاجارة
فلما شرط في كل واحد منهما ما يفسد الاخر افسد احدهما ما يصح الاخر فلم ينعقد احدهما باللفظ
الموضوع للاخر قال ولا ينعقد بلفظ الاجارة والاباحة وذلك لان النكاح يقتضي التمليك
ولفظ الاباحة لا يفيد ذلك واما لفظ الاجارة وان افاد التمليك فانه يفيد التوقيت وذلك شرط
يفسد النكاح وقد قال بعض اصحابنا بخراسان انه لا ينعقد بلفظ البيع وليس بصحيح لان
لفظ البيع يقتضي التمليك من غير توقيت فهو كلفظ النكاح قال ويجوز نكاح الصغير والصغيرة
اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا اما جواز العقد على الصغار بخلاف ما قاله
ابن شبرمة فلقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم هي المراة التي لا زوج لها صغيرة كانت
او كبيرة لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عايشة وهي بنت ست سنين ودخل بها وهي بنت
تسع سنين وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت فقيل له في ذلك فقال ان مت
فهي خير ورثتي وان عشت فهي بنت الزبير واما قوله بكرا كانت او ثيبا فصحيح وعندنا يملك
الولي تزوج البنت الصغيرة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها حتى تبلغ لنا قوله تعالى وانكحوا
الايامى منكم وهو عام ولانها لا تملك التصرف في نفسها ولا في مالها فملك الولي تزويجها كالبكر
والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب تستامر في نفسها فهو محمول على الكبيرة

بدليل انه جمع بينها وبين البكر في اعتبار الاذن وخالف بينهما في صفته والبكر التي تستامر في نفسها هي الكبيرة قال والولي العصبة وهذا صحيح اما الاب والجد ابا الاب فلا خلاف انه يزوج الصغيرة واختلفوا فيما سواهما من العصبات فقال اصحابنا كل من له تعصيب فله ولاية في النكاح كالاخ والعم وابن العم وقال الشافعي لا يزوج الصغار الا الاب والجد دليلنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج امامة بنت حمزة من ابن ام سلمة وكانت صغيرة وقد روي مثل قولنا عن عمر وابن مسعود وابن عمر وزيد بن ثابت وام سلمة وعايشة وابن عباس رضي الله عنهم وقد روي ذلك عن علي رضي الله عنه ايضا ولانه عصبة له قول صحيح فجاز ان يملك تزويج الصغيرة بالنسب كالجد فان قيل غير الاب والجد لا يلي في مالها فلا يلي في نكاحها كالاجنبي قلنا المعنى في الاجنبي انه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاءة فلم يملك التزويج قبله والعم بخلاف ذلك قال فان زوجهما الاب والجد فلا خيار لهما يعني اذا بلغا وهو استحسان والقياس ان يثبت لها الخيار ووجه القياس ان الصغيرة ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيثبت لها الخيار كالامة اذا اعتقت ووجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يخير عايشة عند بلوغها ولو كان الخيار حقا لها لاعلمها اياه قال فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغا ان شا اقاما على النكاح وان شا فسخا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا خيار لهما وجه قولهما ان العم قد تصرف عليهما في المال وهو المهر ولا ولاية له في المال فلم ينفذ تصرفه فيه ولا يمكن ازالة تصرفه في المال الا بفسخ العقد الذي اوجب المال فثبت لهما ذلك وجه قول ابي يوسف انه يلي عليهما في النكاح والمهر تبع بدليل انه يصح مع السكوت عنه ولا يفسد العقد بفساده واذا ولي في المتبوع جاز ان يلي في التبع قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون وذلك لان كل واحد من هولا لا يلي على نفسه فلان لا يلي على غيره اولى قال ولا لكافر على مسلمة وذلك لان الولاية معنى نفوذ قول الانسان على غيره والكافر لا ينفذ قوله على المسلم الدليل عليه الشهادة قال وقال ابو حنيفة يجوز لغير العصبات من الاقارب التزويج وهذا الذي ذكره مثل الام والاخت والخالة وهو رواية ابي يوسف ومحمد عن ابي حنيفة وروي عنه الحسن بن زياد انه لا يزوج الصغير غير العصبات وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وجه الرواية الاولى عن ابي حنيفة وهو المشهور من قوله انه قرابة يتعلق بها الارث فتعلق بها ثبوت الولاية في النكاح اصله قرابة العصبة وقد روي عن علي وابن مسعود مثل ذلك وجه الرواية الاخرى انه تختص بالتعصيب

لها

لها ولا يعترض في الكفاءة فلا يكون له ولاية في النكاح كالاجنبي وقال اصحابنا جميعا اذا عدم الولي فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له ولان التصرف في مصالح المسلمين الى الامام والعقد على الصغيرة من ذلك فكان اليه وقد ذكر محمد في الاصل ان الحاكم اذا زوج الصغيرة فلها الخيار وعن ابي حنيفة انه لا خيار لها وجه رواية الاصل ان ولاية العم اقوى من ولاية الحاكم بدليل انه مقدم عليه واذا ثبت الخيار لها في تزويج العم فالحاكم اولى وجه الرواية الاخرى ان الحاكم له ولاية في المال فصار كالاب قال ومن لا ولي لها اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز وذلك لانه عصبة له قول صحيح فصار كالاب وقد قال ابو حنيفة ان للمولى ان يزوج لانه عنده وارث وان لم يكن له تعصيب وعلى قولهما لا يزوج لانه لا تعصيب له قال واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج والاصل في هذا ان الولاية في النكاح للاقرب فالاقرب ويكون الابعد مع الاقرب بمنزلة الاجنبي وذلك لان الولاية اذا استحقت بالتعصيب فالابعد لا تعصيب له مع الاقرب وان استحقت بالميراث فالابعد لا يرث مع الاقرب واذا ثبت هذا قال اصحابنا اذا غاب الاقرب غيبة منقطعة جاز للابعد ان يزوج وقال زفر لا يجوز والولاية للاقرب وقال الشافعي يزوجها السلطان وجه قول اصحابنا قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي بالاتفاق فلا تثبت ولاية السلطان عليها وعلى قول زفر في تاخير النكاح الى قدوم الغايب او الى اعتبار اذنه ضرر على الصغيرة لان الكفو لا يتفق في كل زمان والولاية اذا كان في اعتبارها ضرر سقطت اصله اذا جن الولي الاقرب واذا سقطت ولايته جاز لمن بعده ان يزوج كما لو جن الاقرب او مات وجه قول زفر ان ولاية الاقرب باقية مع غيبته بدليل انه لو زوج جاز واذا كانت ولايته باقية لم يجز للابعد ان يزوج كما لو كان حاضرا والجواب ان ولايته انما سقطت لاجل الضرر الذي يكون في انتظاره فاذا تزوج فقد زال الضرر فعادت الولاية قال والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهذا الذي ذكره هو الصحيح وذكر ابن شجاع وقد روي ان محمدا سئل وهو بالرقة عن ذلك فقال مثل ما هنا والبصرة وقد روي عنه ايضا مثل ما بين الكوفة والري وروي عن ابي يوسف ما بين بغداد والري والصحيح ما ذكره ابن شجاع وذلك لان الخاطب لا ينتظر اذن الولي المدة الطويلة لانه لا يعلم باذنه ام لا

وقد ينتظر المدة اليسيرة فجعلوا الحد الفاصل بينهما سنة لأن الظاهر من الخاطب انه لا ينتظر هذه المدة وجعلوا هذه المدة الطويلة بمنزلة المنقطع اذ انه فنقلوا الولاية عنه لذلك **قال** والكفاءة في النكاح معتبرة وهذا الذي ذكره لا خلاف فيه بين اصحابنا وروي عن الشيخ أبي الحسن انها غير معتبرة وهو قول مالك لنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضها اكفاء بعض والموالي بعضها اكفاء بعض حي بحي وقبيلة بقبيلة وروي عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء وفي حديث علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ثلث لا يؤخرن الأيم اذا وجدت لها كفوا والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى فإنما اراد به في احكام الآخرة واحتج ابو الحسن بان الكفاءة في الدماء غير معتبرة وقد اعتبر فيها الاحتياط فلأن لا يعتبر في النكاح اولى والجواب ان الدماء لا يعتبر فيها الكفاءة في الدين بدليل انه يقتل المسلم بالذمي وذلك معتبر في النكاح بالاجماع فاختلفا **قال** واذا تزوجت المراة غير كفوء فللاولياء ان يفرقوا بينهما وذلك لأنها عقدت عقدا الحقت بهم الشين والضرر وكان لهم دفع ذلك عن انفسهم ولا يمكن ذلك الا بالتفريق والذي يؤكد ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لأمنعن النساء ذوات الاحساب فروجهن الا من الاكفاء وقد قال اصحابنا ان هذه الفرقة لا تكون الا عند الحاكم لأن التفريق يتعلق بشرط لا يفيد فيه الدعوى فوقف على نظر الحاكم فان ثبت عنده فرق لاجله وقد قال ابو حنيفة اذا زوجها احد الأولياء من غير كفوء لم يكن للباقين الاعتراض عليه وقال ابو يوسف ومحمد لهم ذلك وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم العقد فاسد اما الدليل على صحة العقد فلأن العقد وقع برضا المالك للمعقود عليه فما يلحق غيره من الضرر لا يوجب فساد العقد كمن باع نصيبه من دار على غير شريكه وجه قول ابي حنيفة في انه لا اعتراض للباقين هو ان الاعتراض ثبت للاولياء لما لحقهم من الشين وهذا معنى لا يتبعض فاذا ثبت لجماعة فاسقط بعضهم حقه سقط حق الجميع كالقصاص وجه قولهما ان الاعتراض حق لجماعتهم واذا اسقط رضي احدهم فقد سقط حقه وبقي حق الباقين كالدين المشترك اذا ابرأ منهم بعضهم وهذا لا يصح لأن هذا يتصور فيما يتبعض فلا يصح ان يثبت حق بعضهم فيه دون بعض **قال** والكفاءة تعتبر في النسب والدين والمال وهو ان يكون مالكا للنفقة والمهر اما اعتبار النسب فلقوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء بعض والعرب بعضهم اكفاء بعض حي

بحي

بحي وقبيلة بقبيلة وقد قال اصحابنا ان قريشا بعضها اكفاء بعض ادناها لأعلاها قال محمد الا ان يكون مشهورا فيها مثل البيت الذي فيه الخلافة واما اعتبار الدين فهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف الفسق المستتر به لا يؤثر وقال محمد الدين غير معتبر الا ان يكون امرا مستخفيا كمن يسكر ويمشي ويكثر المشي في الاسواق فيسخر منه وجه قول ابي حنيفة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المراة لمالها وجمالها ودينها فعليك بذات الدين تربت يداك ولأن المراة يلحقها شين بفسق الزوج اكثر مما يلحقها بنقصان نسبه فاذا منع نقص النسب من الكفاءة فالفسق اولى وجه قول ابي يوسف ان الفسق اذا لم يظهر لا يلحق به شين واذا ظهر تعلق به الشين فاثر في الكفاءة وجه قول محمد ان الامير النسيب يكون كفوا للمراة الدينة وان كان لا يبالي بما فعل ولا يلحقها شين فاذا صار مستخفيا لحق به الشين فاثر في الكفاءة واما اعتبار المال فلأنه مقصود بالعقد بدليل قوله عليه السلام تنكح المراة لمالها وجمالها ولأن عدم المال يؤثر اكثر من تأثير عدم النسب فكان تأثيره في الكفاءة آكد واما قوله وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة فلأن المقصود بالعقد هو ذلك فاعتبر دون الزيادة عليه **قال** ويعتبر في الصنائع وهذا الذي ذكره صحيح لا يكون الحائك كفوا للبزاز وعن ابي حنيفة انه لا يعتبر ولا خلاف بين اصحابنا في ذلك في الحقيقة لأن ابا حنيفة اجاب في ذلك على عادة العرب ان مواليهم يعملون الاعمال ولا يقصدون بها الحرف ولا يعيرون بها واجاب ابو يوسف على عادة البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة ويعيرون بالدني من الصنائع فلا يكون بينهم اختلاف في الحقيقة وقد قال اصحابنا ان من له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان وقال الشافعي يكون كفوا وهذا لا يصح لأن من اسلم بنفسه يقال له مسلماني ويقال لابنه ابن المسلماني فيعيرونه لتأخره عن الاسلام والمرجوع في الكفاءة الى العادة بدلالة نقصان المال وقصور النسب **قال** واذا تزوجت المراة ونقصت من مهرها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وهذا الذي ذكره قول زفر ايضا وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم الاعتراض عليها وجه قول ابي حنيفة وزفر ان في نقصان المهر الحاق الشين بالاولياء وضررا على نسائها وهو ان المدة اذا تطاولت ولا يعلم ان ذلك نقصان فيعتبر مهر نسائها به وفي ترك الكفاءة الحاق الشين به وحده واذا ثبت لهم الاعتراض اذا تركت الكفاءة فلأن يثبت لهم الاعتراض للشين والضرر اولى وجه قولهما ان المهر حق لها تنفرد به فكان لها النقصان منه كالثمن في المبيع **قال** واذا

زوج الاب بنته ونقص من مهرها او ابنه وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب
والجد وهذا الذي ذكره قول زفر ايضا وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ذلك واختلف
في قولهما هل يجوز العقد ام لا يجوز وقال الشافعي العقد جائز والتسمية لا تصح فيجب للصغيرة
مهر مثلها ويسقط ما زاد على امراة الصغير وجه قول ابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم
زوج فاطمة عليا رضي الله عنه باربعمائة درهم ونحن نعلم ذلك قطعا ان مهرها اكثر من ذلك
لان المعاني الموجبة لزيادة المهر كانت مجتمعة لها فلما زوجها بذلك دل على ان للاب ان ينقص
من المهر وقد تزوج عمر بنتها ام كلثوم باربعين الفا وامها اشرف منها فدل على ما قلناه
ولان المقصود بالنكاح الوصلة وشرف الزوج وحسن اخلاقه دون المال والاب لا يتهم في حقها
فالظاهر انه حصل لها من مقاصد العقد اكثر مما فوت عليها من المهر ولا يشبه الاب العم لانه
متهم عليها ولا يشبه هذا اذا باع لها الاب شيئا ونقص من ثمنها انه لا يجوز لان المقصود من هذا
العقد المال دون غيره فاذا فوته ولم يحصل لها عوضا اخر لم ينفذ في حقها وجه قولهما ان المهر
مال من اموالهما فاذا نقص منه الاب لم يصح كالثمن في عقد البيع وقد بينا الفرق بينهما **قال**
ويصح النكاح اذا سمي فيه مهرا ويصح وان لم يسم فيه مهرا اما جوازه مع التسمية فلقوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فعلق الاباحة بشرط المال ولانه عقد لا يقصد به
التبرع ولا ينعقد الا بعوض هو مال اصله البيع واما جوازه مع عدم التسمية فلقوله تعالى
لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فحكم بصحة الطلاق في نكاح
لا مهر فيه والطلاق لا يقع الا في عقد صحيح فدل على ان عدم التسمية لا يمنع صحة العقد ولما روي
ان عبد الله بن مسعود افتى في امراة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيء فقال عبد الله بن مسعود
لها مهر مثل نسائها فقام معقل بن يسار فقال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع
بنت واشق مثل ما قضيت فسر بذلك عبد الله بن مسعود **قال** واقل المهر عشرة دراهم فان سمي
اقل من عشرة دراهم فلها العشرة وقال الشافعي المهر ليس بمقدر وما جاز ان يكون ثمنا في
البيع او اجرة في الاجارة جاز ان يكون مهرا دليلنا قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا
باموالكم فشرط في الاباحة ان تبتغي بالاموال وهذا لا يطلق على القليل ولا على العشرة لولا
قيام الدليل ولما روي جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء
ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه احد المسميين في عقد النكاح فجاز ان يدخله التقدير

اصله

اصله عدد المنكوحات والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من استحل بدرهمين فقد
استحل يفيد وقوع الاستحلال وان سمي درهمين وكذلك نقول الا انه يجب ان يتم لها العشرة وليس في
الخبر ما ينفي وجوب الزيادة واذا ثبت ان اقل المهر عشرة دراهم فاذا سمي في العقد دون العشرة
قال اصحابنا التسمية صحيحة ويتم لها العشرة وقال زفر التسمية فاسدة ولها مهر مثلها
وجه قولنا ان ما دون العشرة يصح تسميته مع غيره فصح بانفراده كسائر الاموال واذا ثبت
صحة تسميته الخمسة كمل لها عشرة ولم يجب لها مهر المثل وجه قول زفر ان تسمية ما دون
العشرة لا يصح في النكاح وما لا يصح تسميته اذا سمي وجب مهر المثل كالخمر والخنزير دليلنا
قلنا انه يكمل لها العشرة لان العشرة لا تتبعض في حكم العقد بدلالة انه لا يثبت بعضها
دون بعض وما لا يتبعض تسمية بعضه كتسمية كله اصله الطلاق **قال** ومن سمى مهرا
عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها وجملة ذلك ان البدل في النكاح على
ضربين احدهما يثبت بالتسمية والاخر من طريق الحكم وهو مهر المثل وجميع ذلك يجب بالعقد
وذلك لانه قد ملك عليها المبدل بالعقد فوجب ان يملك ما في مقابلته كالبيع واذا ثبت
ان المهر يجب بالعقد قال اصحابنا المسمى يستقر باحد ثلثة اشيا اما بالدخول او بموت
احد الزوجين او بالخلوة الصحيحة اما استقراره بالدخول فلانه استوفى المعقود عليه
فوجب ان يستقر به البدل اصله القبض في البيع واما استقراره بموت احد الزوجين
فلان الموت قد اجري مجرى الدخول بدليل وجوب العدة عليها فاذا استقر المهر بالدخول
فكذلك الموت الذي اجري مجراه واما استقراره بالخلوة الصحيحة فنبينها بعد
قال فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى وذلك لقوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم **قال** وان تزوجها ولم يسم لها
مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها اما وجوب مهر المثل عند
عدم التسمية فلما روي ان عبد الله بن مسعود افتى في امراة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها
شيئا ولم يدخل بها فقال عبد الله اقول فيها برايي فان يكن خطأ فمن نفسي وان يكن صوابا فمن الله
لها صداق مثلها وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق الاشجعية مثل ما قضيت ففرح بذلك ولان
البضع اجمعوا انه لا يستباح الا ببدل وقد ملك البضع في هذا العقد بغير بدل مسمى فوجب

لها قيمة البضع وهو مهر المثل وقد قال اصحابنا اذا تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر المثل ايضا
وقال الشافعي اذا مات احدهما قبل ان يدخل بها فلا مهر لها وانما يجب المهر في هذه المسئلة
بالدخول لا بالعقد وهذه مسئلة المفوضة وهذا لا يصح لحديث معقل بن سنان ولم يفصل
بين ان يسكت عن مهرها او يعقد على ان لا مهر لها والدليل على ان العقد يجب به مهر المثل ان لها
ان تخاصم الزوج وتطالبه بفرض المهر وتملك ان تحبس نفسها وتمتنع حتى يفرض لها ويعطيها
ولو لم يجب البدل لم تملك حق الحبس **فان قيل** انما تحبس نفسها لبفرض لها **قيل له**
لو ملك عليها المعقود عليه بغير بدل لم يثبت لها حق الحبس كما لا يثبت للواهب واذا ثبت
ان مهر المثل وجب بالعقد وجب ان يستقر بالموت كالمسمى **فان قيل** لو وجب مهر المثل
بالعقد لتنصف بالطلاق قبل الدخول **قيل له** الطلاق قبل الدخول هو عود المعقود
عليه الى ملك العاقد وبالموت تلف المعقود عليه على ملك العاقد فصار الطلاق كفسخ البيع
والموت كتلف المبيع بعد القبض فلا يجوز ان يستدل بسقوط البدل في احد الموضعين على
سقوطه في الموضع الاخر **قال** وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها
اما وجوب المتعة خلاف ما قاله مالك انها مستحبة فلقوله تعالى ومتعوهن على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره والامر على الوجوب ثم قال حقا على المتقين والحق يقتضي الوجوب
واما تقدير المتعة فقال اصحابنا ثلثة اثواب درع وخمار وملحفة وقال الشافعي ثلاثون
درهما وقد روي ثلاثة اثواب عن سعيد بن المسيب وعطا والحسن والشعبي وقال بن
عباس ارفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة والدليل على ما قلناه
قوله تعالى متاعا بالمعروف وهذا اسم للعروض ولان لايجابه نظيرا في النكاح وهي الكسوة
وليس لايجاب الثلاثين من الدراهم نظير فكان ايجاب ما له نظير اولى **قال** وان تزوج
المسلم على خمر او خنزير فالنكاح جايز ولها مهر مثلها اما جوازه خلاف ما قاله مالك فلان
فساد المهر لا يوجب فساد العقد ولو اوجب فساده لفسد بالسكوت كالثمن في المبيع
واذا صح العقد وكان المسلم يجوز ان يملك لا يملك بالخمر ولا يملكها سقوط ذكرها فكانه
تزوجها بغير مهر **قال** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة اما ثبوت التسمية فلقوله صلى الله عليه
وسلم ادوا العلايق قيل يا رسول الله وما العلايق قال ما تراضيا عليه الاهلون ولم يفصل [بلغ مقابلة]

ولانها

ولانها تسمية صحيحة مع بقا العقد فوجب ان يستقر بالدخول اصله اذا كانت في نفس
العقد واما اذا طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعن ابي يوسف لها نصف المسمى وبه قال
الشافعي ان عقد النكاح خلا عن تسمية فوجب ان يثبت لها بالطلاق قبل الدخول المتعة اصله
اذا لم يفرض لها ولانه بدل لم يسم في العقد فلا يتبعض بالطلاق كمهر المثل وجه قول ابي يوسف
قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولم يفصل والجواب ان هذا خطاب للازواج في حال كان يملك
الطلاق وذلك عقيب النكاح والفرض هناك لا يكون الا في حال العقد فلم يجز حمل الاية على فرض
بعد ذلك **قال** وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة وقال زفر لا يلحق بالعقد وهي
هبة ان قبضت ملكت وبه قال الشافعي قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
فلا يخلو اما ان يكون المراد النقصان او الزيادة او الحطيطة ولا يجوز ان يراد به الحطيطة لان
المراد ذلك يقف عليها خاصة لا على التراضي ولا يجوز ان يراد الهبة المبتداة لان ذلك لا تعلق له
بالفريضة فلم يبق الا ان يكون المراد به الزيادة ولانه يعتبر لصفة المهر فيتعلق به الاستحقاق
كالحط واذا ثبت انها تلزم بالعقد استقرت بالدخول وجه قول زفر ان الاستباحة في ملكه
فلا يصح بدل العوض في ملكه قلنا يبطل اذا تزوجها بغير مهر ثم فرضها ويبطل ايضا بالعوض
عن الهبة بعد عقدها **قال** وتسقط بالطلاق قبل الدخول وعن ابي يوسف ان لها نصف
الزيادة وجه قولهم المشهور ان الزيادة لم تسم في العقد فلا تتبعض بالطلاق كمهر المثل كذلك
هذا وجه قول ابي يوسف ان الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود فيه فتتبعض بالطلاق
قال وان حطت عنه من المهر صح الحط وذلك لان الحط على ملكها بدليل انه يجوز خلعها
فاذا حطت لحق العقد كما لو حطت في حال العقد **قال** واذا خلا الزوج بامراته وليس هناك
مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وهذا الذي ذكره صحيح وذلك لان المهر عندنا يستقر
بالخلوة الصحيحة وهو قول الشافعي في القديم وقال في قوله الاخر لها نصف المهر لنا ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف خمار امراته ونظر اليها وجب لها الصداق
دخل بها او لم يدخل بها وكشف الخمار لا يكون الا في الخلوة وقد عبر بذلك عنها وعن علي وعمر
رضي الله عنهما انهما قالا اذا اغلق بابا وارخا سترا وجب المهر وعن ابن عمر ومعاذ وزيد بن
ثابت مثله ولان التسليم المستحق بالعقد قد وجد فوجب ان يستقر البدل اصله التخلية
في العقار **قال** قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة

فنصف ما فرضتم **فان قيل** اللمس لا يعبر به عن الوطء في اللغة وانما زعم المخالف انه كناية عن الوطء ونحن نقول
انه كناية عن الخلوة لان الانسان لا يمس امراته في العادة الا في الخلوة فليس ما يقوله اولى مما نقوله
قيل له انه طلاق قبل الاصابة فوجب ان يعود الى نصف المهر كما لو كان قبل الخلوة **فان قيل**
قبل الخلوة لم يوجد التسليم المستحق عليها ولا استوفي الزوج المعقود عليه فلم يستقر البدل
وههنا وجد التسليم المستحق بالعقد فصار كما لو سلمت نفسها فوطيها **قال** فان كان احدهما
مريضا او صايما في رمضان او محرما بحج او عمرة او كانت حايضا فليست بخلوة صحيحة والاصل
في هذا ان الخلوة الصحيحة التي يستقر بها المهر هي ان تسلم نفسها وليس هناك مانع من الوطء والمانع
من الوطء على ضربين مانع من طريق المشاهدة ومانع من طريق الحكم فالمانع من طريق المشاهدة مثل
ان يكون هناك ثالث او يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع وذلك لان التسليم المستحق
بالعقد لم يوجد الا ترى انه يرجى في العقد تسليم على غير هذه الصفة فصار كالبايع اذا خلا بين
المشتري وبين السلعة وهناك مانع للمشتري منها وعلى هذا المرض لانه يرجى زواله فيوجد
التسليم الذي يمكن معه الوطء واما المانع من طريق الحكم فمثل الحيض والاحرام والصوم في رمضان
لانه مانع من جهة الدين والمنع من جهة الدين اقوى من المنع من جهة الادمي فهذا اولى ان يمنع
من استقرار المهر واذا اختلفت الرواية في صوم غير رمضان كالتطوع والنذر والكفارة
وقضا رمضان فقال في الرواية الصحيحة انه لا يمنع الخلوة لان ما يجب بالفطر فيه قريب
وهو القضا خاصة وليس كذلك صوم شهر رمضان لانه يجب بالفطر الكفارة والقضا
ولهذا المعنى سووا بين فرض الحج ونفله لان الكفارة تجب فيهما والقضا وهو ضرر كبير وقال
في الرواية الاخرى نفل الصوم كفرضه لانه منهي عن الفطر فيهما من غير عذر فصار كالحج وقد
قالوا لو خلا بامراته في مسجد او طريق او صحرا فليس بخلوة صحيحة لانه لا يجوز ان يحضر ثالث
وقد قالوا لو خلا بامراته في حجلة او قبة فارخى الستر فيما بينه وبين من في البيت من النسا فهو
خلوة لان ذلك بمنزلة البيت وقالوا لو خلا على سطح لا حجاب عليه فليس بخلوة لانه لا يامن ان
يطلع عليه غيره فهو كالصحرا وقد قالوا لو خلا بها ومعه في البيت اعمى او نايم فليس بخلوة لان
الاعمى يحس والنايم قد ينتبه ولو خلا بها ومعه امراة اجنبية لم يكن ذلك خلوة لانه لا يحل لها
النظر اليها فيمتنع ذلك من الوطء واما حضور الصبي والمعتوه فان كانا يعقلان فليس بخلوة لان ذلك
يمنع الوطء وان كانا لا يعقلان فهي خلوة صحيحة **قال** واذا خلا المجنون بامراته فلها كمال المهر

عند

عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لها نصف المهر وجه قول ابي حنيفة ان
عقد النكاح يوجب التسليم وليس في هذا العقد تسليم يرجى الا على هذا الوجه فكان
هو التسليم المستحق بالعقد فاستقر به البدل وجه قولهما ان الجب يتيقن معه
عدم الوطء اكثر مما يتيقن به مع المرض فاذا امنع المرض صحة الخلوة فالجب اولى وقالوا
جميعا في الخصي والعنين ان خلوتهما صحيحة لان الوطء يوجد منهما كما يوجد من غيرهما
قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول
وقد سمي لها مهرا الكلام في المتعة يقع في مواضع منها انها واجبة وقد دللنا عليه فيما تقدم
منها ان المتعة عندنا لا تجب الا للمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية وقال
الشافعي في قوله الجديد لكل مطلقة المتعة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وتبقى
الخلاف في المدخول بها والدليل على انه لا متعة لها انها استحقت كمال المهر فلا يجب لها متعة
كالمتوفى عنها زوجها ولان المطلقة قبل الدخول استحقت نصف المهر فلا متعة لها فالتي
تستحق كمال المهر اولى ان لا يكون لها متعة فان قيل قال الله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف
وهو عام قيل له قوله وللمطلقات يقتضي التعريف والمعرفة هي التي ذكرها في قوله لا جناح
عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة والدليل على انها مستحقة للمدخول
بها قوله فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وكن مدخولات بهن ولما روي ان رجلا طلق
امراته بعد الدخول فقال له شريح متعها فامتنع فقال له ان كنت من المتقين فمتعها ولم
يجبره على ذلك وقد قال اصحابنا ان المتعة لا تزاد على نصف المهر ولا تنقص من خمسة دراهم
لان المتعة وجبت على وجه التخفيف واقل ما يجب في العقد نصف المهر فوجب ان ينقص
عنه وانما لم ينقص من خمسة دراهم لان المتعة تجب على وجه العوض واقل عوض يثبت في
النكاح نصف العشرة وقد قال الشافعي يجب بحسب حال الزوج بالغة ما بلغت
وهذا لا يصح لانه يودي الى ان يجب للمطلقة قبل الدخول اكثر مما يجب لها لو دخل بها وهذا
لا يصح اصله التي سمى لها **قال** قال الله تعالى وعلى الموسع قدره **قال** ايجاب المتعة
بحسب حال الزوج لا يمنع من ان يعتبر حال المراة كما ان الله تعالى اوجب النفقة بحسب حال
الزوج ويعتبر في ذلك مقدار كفايتها **قال** واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الرجل
اخته او ابنته ويكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جايزان ولكل واحد منهما مهر

مثلها وقال الشافعي العقدان باطلان ولو قال زوجتك اختي على ان تزوجني اختك جاز العقدان بلا خلاف لنا قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو تام ولانه نكاح مؤبد فلا يبطله الشرط اصله اذا قال زوجني بنتك على ان ازوجك ابنتي وتزوجها على ان لا يخرجها من بلدها فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الشغار وروي لا شغار في الاسلام والنهي يوجب فساد المنهي عنه قلنا الشغار هو بدل احدى المرأتين بالاخرى ليكون نكاح كل واحدة منهما صداق الاخرى وهذا منهي عنه عندنا لا يجوز ان يصح على هذا الوجه بل ينعقد كل واحد من العقدين عندنا بمهر صحيح ويبطل ما سميناه من الشغار فان قيل اذا ملك الرجل البضع ثم جعله مهر الابنة فقد اشرك بينهما فيه فصار كالو زوجها من اثنين قلنا هذا غلط لان الاب ملك الزوج بضع الابنة وجعل مهرها منفعة وصلت اليه بالتزويج فكانه قال زوجتك بنتي على ان تهب لي هذا الثوب فيصح العقد ولا يفسد بالشرط كذلك هذا واذا ثبت ان العقدان جائزان وانما يبطل ما جعلاه صداقا بقي العقد بغير صداق فوجب مهر المثل قال فان تزوج حر امرأة على خدمة سنة او على تعليم القران فلها مهر مثلها وقال الشافعي كلما يجوز اخذ العوض فانه يجوز ان يكون مهرا دليلنا ان منفعة الحر ليست بمال ولا يستحق بتسليمها تسليم مال فلا يكون مهرا كمنفعة البضع واما تعليم القران فلانه ذكر واجب فتعليمه لا يكون مهرا كتعليم الشهادتين قالوا انها منفعة يجوز اجارتها فجاز ان تجعل صداقا كمنفعة العبد قلنا منفعة العبد يتعلق بها حق الغرما فلا تكون مهرا فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في قصة الواهبة زوجتكها بما معك من القران قلنا لا دليل فيه فقد روي في بعض الاخبار انه قال هذا لك ولا يحل لاحد بعدك ولانه قال بما معك وما معه من القران لا يكون مهرا بالاتفاق وانما يكون عندهم مهرا اذا شرط تعليمها سورة بعينها وقد روى ابن سماعة انه لو تزوجها على ان يرعى غنمها سنة صح والصحيح على رواية الاصول انه لا يصح كما لا يصح في الخدمة قال وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمة سنة جاز وذلك لان منافع العبد يستحق بتسليمها تسليم مال وهو الرقبة فجاز ان يكون مهرا كما لو تزوجها على مال قال واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولاية في نكاحها لابنها عند ابي يوسف وقال محمد ابوها وجه قول ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ان الابن هو العصبة والاب معه ذو سهم فصار كالاخ للام مع الاخ من الاب والام وقد

روي معلى عن ابي يوسف انه قال ايهما زوج جاز واذا اجتمعا قلت للاب زوج ولان الابن منهي عن التقدم على ابيه وجه قول محمد ان الاب من قومها والابن من غير قومها فكان الاب اولى ولان الاب اولى بالتصرف في ملكها فصار كالاب والاخ قال ولا يجوز نكاح العبد ولا الامة الا باذن مولاهما اما الامة فلان منافع بضعها على ملكه فلا يصح عقدها عليه الا باذنه كسائر املاكه واما العبد فلا يصح عقده ايضا وقال مالك يصح لنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولانه عقد فيه عوض فلا يملكه العبد بغير اذن مولاه كالبيع قال واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه وذلك لانه دين لزم العبد بسبب يثبت في حقه وحق مولاه وهذا على اصلنا ان العبد يباع في ديونه واما المدبر والمكاتب فيسعون في المهر لان دين العبد يستوفى من رقبته وقد تعذر الاستيفا من الرقبة بالتدبير والكتابة فلم يبق الا ان يستوفى من الكسب واما ما لزم العبد من ذلك بغير اذن مولاه فانه يتبعه فيه بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يثبت في حق المولى فصار كالدين الذي اقر به العبد قال واذا زوج المولى امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وذلك لان المولى عقد على منافع بضعها ومنافع اعضائها له فلو لزمته التبوية لاستحق عليه منافع اعضائها ولم ينعقد عليها وذلك لا يجوز والتبوية ان يخلي بين الامة وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها واذا ثبت انه لا يلزمه التبوية وحق الزوج ثابت في منافع البضع قيل له استوفها كلما اي وقت قدرت عليها قال وان تزوج امرأة على الف درهم على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى وان تزوج عليها او اخرجها من البلد فلها مهر مثلها يعني اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل وقال زفر ليس لها الا ما سمي وجه قول اصحابنا انها لم ترض بالتسمية عوضا الا بمنفعة اخرى فاذا لم يسلم لها وجب تمام مهر مثلها كما لو شرط ان يهدي لها هدية وجه قول زفر ان ما ليس بمال لا يتقوم فلا يجب الرجوع بعوض بفواته وما هو مال متقوم فاذا لم يسلم لها جاز ان ترجع الى تمام العوض قال واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه وقال الشافعي التسمية باطلة ولها مهر مثلها اما الدليل على جواز التسمية فلانه بدل عما ليس بمال واذا ثبت به الحيوان في الذمة جاز ان يثبت مطلقا كالديات ولان جهالة العبد الوسط كجهالة مهر المثل او اقل فاذا كانت تلك

الجهالة لا تمنع صحة البدل فكذلك هذه فإن قيل تسمية مجهولة فلا تثبت في النكاح كالدار والثوب
قيل له الثوب مجهول الجنس والصفة ومهر المثل مجهول القدر معلوم الصفة فكان الرجوع
إلى مهر المثل أعدل وفي مسئلتنا الجنس معلوم وإنما الجهالة في الصفة وهذه الجهالة دون جهالة
مهر المثل ألا ترى أن القاضي لا يحتاج إلى أكثر من اعتبار أعلا العبيد وأدونها ليوجب الوسط
وفي مهر المثل يحتاج إلى اعتبار مهور نسائها ثم يعتبر الوسط فلو انتقلنا عن المسمى المجهول
لانتقلنا إلى ما هو أكثر جهالة وهذا لا يصح والخيار في ذلك إلى الزوج لأن الحيوان لا يثبت
في الذمة ثبوتا صحيحا ألا ترى أن مستهلكه لا يلزمه مثله فيتخير من لزمه بين تسليمه أو تسليم
قيمته كالدية قال ولو تزوجها على ثوب غير موصوف كان لها مهر مثلها وذلك لأن
الجهالة في الأعواض تمنع صحة العقد بدليل البيع والإجارة فإنما سومح في مهر المثل بعدم الجهالة
ألا ترى أن النكاح الصحيح يثبت فيه مهر المثل وهو مجهول ضربا من الجهالة فكل جهالة في المهر
كجهالة مهر المثل أو أقل سومح بها وكل جهالة تزيد على مهر المثل فإنها تمنع صحة التسمية قياسا
على صحة سائر الأبدال وإذا ثبت هذا الأصل قلنا جهالة الثوب أكثر من جهالة مهر المثل لأن الثوب
يقع على القطن والكتان والخز والإبريسم وهي مختلفة وأنواعها مختلفة وهذه الجهالة أكثر
من جهالة مهر المثل فمنعت من صحة التسمية فإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل لأنه موجب
العقد وإنما ينتقل عنه بالتسمية الصحيحة ولم يوجد قال ونكاح المتعة والنكاح الموقت
باطل أما بطلان المتعة فلما روى عبد الله والحسن ابنا محمد بن الحنفية عن أبيهما عن جدهما
أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم في يوم خيبر متعة النسا ولحوم الحمر الأهلية وروى عن علي
ابن الحسين أن النبي صلى الله عليه وسلم أباحها أياما وقد روى أن عمر بن الخطاب رضي الله
عنه صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال ما بال رجال ينكحون هذه المتعة وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها لا أجد أحدا ينكحها إلا رجمته بالحجارة وأما إذا تزوج
امرأة إلى مدة معلومة فالنكاح أيضا باطل وهذه المتعة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد
والشرط باطل لنا أنه لا يخلو إما أن يصح العقد في مدة دون غيرها وهذا معنى المتعة ويصح
في المدة وما بعدها فيستحق البضع عليها بغير رضاها وهذا لا يصح ولأن المتعة هي الاستمتاع
المؤجل وهذا موجود وإن عبر عنه بلفظ النكاح والعقود لا تختلف باختلاف الألفاظ إذا
وجدت معانيها وجه قول زفر أنه نكاح شرط فيه شرط فاسد فلا يبطل كما لو تزوجها على أن

يطلقها

يطلقها بعد عشرة أيام وهذا لا يصح لأنه أبد النكاح وإنما شرط قطعه بذكر الطلاق والنكاح
المؤبد لا يبطله الشرط قال وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف فإن أجازه
المولى جاز وإن رده بطل وكذلك لو تزوج امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه يعني أنه
يقف على الإجازة وقال الشافعي لا يقف ولا ينعقد دليلنا ما روي عن عروة بن الزبير عن
أم حبيبة أن النجاشي زوجها بغير رضاها من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق
أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقبله ذكره أبو بكر الرازي
بإسناده عن أبي داود فإن قيل روي أن عمرو بن أمية الضمري قبل عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان وكيلا له وجهه إلى الحبشة في نكاحها قيل له لو كان كذلك لم يحتج النبي صلى الله
عليه وسلم إلى القبول ولأنه عقد له مجيز في حال وقوعه فجاز أن يقف على إجازة مجيزه
أصله الوصية بجميع المال ولأن الإيجاب والقبول كل واحد منهما يقف على الآخر فجاز أن يقفا
على معنى يضم كشهادة الشاهدين لما وقفت كشهادة كل واحد منهما على شهادة الآخر فجاز أن تقف
شهادتهما على فعل الحاكم فإن قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة نكحت بغير
إذن وليها فنكاحها باطل قيل له لا دلالة فيه لأنه أبطل العقد لاستبدادها به على الولي وترك
الرجوع إليه والى إذنه وهذا يقتضي أنه إذا رضي به وأذن فيه بعد انعقاده صح لزوال المعنى
الموجب لبطلانه فإن قيل إنه نكاح لا تتعقبه الاستباحة فوجب أن يكون باطلا كنكاح المعتدة
قيل له يبطل من تزوج بصغيرة فالعقد صحيح ولا يتعقبه الاستباحة والمعنى في الأصل أن
العقد لا يصح بالتراضي فلم يصح بغير رضاه وفي مسئلتنا يصح العقد إذا قارنه الرضا كذا إذا
تأخر عنه وإذا ثبت أن العقد عقده من لا يملكه وقف على إجازة من يملكه قلنا العبد والأمة لا يملكان
العقد بغير إذن المولى فإذا عقدا وقف على إجازة المولى فإذا أجازه جاز واستندت إجازته
إلى العقد وصار كأنه عقد بإذنه وكذلك الأجنبي إذا زوج رجلا أو امرأة بغير إذنهما وقف
على إجازتهما وقد قال أصحابنا إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى
النكاح فالقياس أن يلزمه مهر بالدخول ومهر بالإجازة وذلك لأن الدخول في النكاح الموقوف
كالدخول في النكاح الفاسد فيجب به مهر المثل فإذا أجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهر آخر
وصار كمن تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها ثم تزوجها نكاحا صحيحا فيلزمه مهران
والاستحسان أن لا يلزمه إلا مهر واحد لأن مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد ألا ترى

انه لولا العقد لوجب به الحد والمسمي يجب بالعقد ايضًا فلو اجتمعا لاوجب العقد الواحد مهرين وهذا لا يصح قال ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وهذا الذي ذكره صحيح والنكاح ينعقد عندنا بالواحد وكذلك اذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امراةً ووكلته المراة بذلك فعقد لهما جاز وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد وقال الشافعي ان كان وليا لهما جاز مثل الجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه وان كان وكيلا لم يجز دليلنا قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى قالت عايشة رضي الله عنها نزلت هذه الاية في شان اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها ولا تقسطها في مهرها فنهوا ان ينكحوهن او يبلغوا بهن اعلاهن في الصداق وهذا يدل على جواز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتق صفيه بنت حيي بن اخطب وتزوجها وجعل عتقها صداقها فاضاف العقد اليه وهو وليها بالولا ولانه يملك ايجاب النكاح وقبوله فجاز ان ينفرد به كالمولي اذا زوج امته من عبده والجد اذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح الولي والخاطب والشاهدان قيل له هذا الخبر مطعون في روايته ولو صح فالمراد به كل نكاح لم يحضره اربعة موصوفون بهذه الصفة فاذا اجتمعت الصفات في واحد فقد حضر اربعة يبين ذلك قوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولي عصبة ذكر ثم جاز ان يستحق الواحد بالفرض والتعصيب لاجتماع الصفتين فيه وان لم يوجد العدد كذلك هذا وانما ذكر العدد لان الغالب ان الولي غير الزوج فخرج الكلام على الغالب وجه قول زفر ان العقد لا ينفرد به الواحد كالبيع قال واذا اذنت المراة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وهذا على ما بينا ان عقد النكاح يجوز ان ينعقد بالواحد اذا ملك الايجاب والقبول قال واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه وللمراة الخيار في مطالبة زوجها او وليها وذلك لانه دين لها لا يملك الولي قبضه الا باذنها فصار كالاجنبي ولو ضمن المهر اجنبي صح وكان للمراة مطالبته او مطالبة الزوج كذلك هذا ولا يشبه الوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن على المبتاع انه لا يجوز لان حقوق البيع تتعلق بالوكيل والثمن من حكمه ان يكون امانةً في يد الوكيل فاذا ضمن صار مضمونا وذلك ضد الامانة فلم يصح وفي النكاح حقوق العقد لا تتعلق بالولي فلا يودي الى ذلك قال واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول

فلا

فلا مهر لها وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فتبين ان المهر يستحق في النكاح الفاسد بالدخول دون العقد ولان العقد الفاسد لا يملك به الاستباحة فلزم القاضي ان يفرق بينهما ليلا يودي الى ارتكاب محظور اعتبارا بالعقد فاذا فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لان البضع لم يملكه الزوج بهذا العقد فلا يجب لها شي في مقابلته قال وكذلك بعد الخلوة وذلك لان الخلوة انما توجب استقرار البدل في العقد الصحيح لانها موجبة به كالوطء والعقد الفاسد ايضًا لا يوجب الخلوة وكان وجودها كعدمها قال فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمي اما وجوب المهر فلقوله عليه السلام فلها المهر بما استحل من فرجها ولانه اتلف المعقود بعقد فاسد فلزمته قيمته كالمشتري اذا اتلف المبيع بعقد فاسد واذا لزمه قيمته البضع فقيمة البضع هو مهر المثل واما قوله لا يزاد على المسمي فهو قول اصحابنا وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وبه قال الشافعي وجه قول اصحابنا هو ان المنافع عندنا لا يتقوم الا بعقد او شبهة عقد وقد قوماها بالمسمي وما زاد عليه قد تراضيا باسقاطه فلم يجب كما لو تراضيا باسقاط جميع القيمة وجه قول زفر ان ما وجب تقويمه بالعقد الصحيح والفاسد فانه يجب تقويمه بالعقد الفاسد قيمة كاملة اصله الاعيان والجواب ان الاعيان متقومة بنفسها وانما يتقوم بالعقد فوجب اعتبار المقدار الذي قوماه دون ما زاد عليه قال وعليها العدة وذلك لانها تستحق المهر فلزمها العدة كالعقد الصحيح قال ويثبت نسب ولدها وذلك لانها تستحق المهر ويلزمها العدة فيثبت نسب ولدها اصله من عقد عليها عقد صحيح قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها وذلك لانها من قوم لاب ومنسوبة اليهم الا ترى انها تشرف بشرف ابيها دون شرف امها فكان الاعتبار بمن هو من قبيلة الاب من نسايها قال ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المراتين في السن والجمال والمال والدين والعقل والبلد والعصر وذلك لان صفات المراة يزاد في المهر لاجلها فكانت معتبرةً كما تعتبر صفات السلعة المقصوده عند تقويمها فاما اعتبار البلد والعصر فانه يعتبر بنسايها في بلدها وعصرها وذلك لان هذا تقويم للبضع والتقويم يعتبر بالموضع الذي يقع فيه التقوم وبالعصر ايضًا اصله السلعة المستهلكه قال ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابيةً

اما الامة المسلمة فلا خلاف في جواز نكاحها ولانها مسلمة فجاز للمسلم تزوجها كالحرة
واما الامة الكتابية فقال اصحابنا يجوز للمسلم ان يتزوجها وقال الشافعي لا يجوز
وهل يجوز للكافر ان يتزوجها فيه وجهان لنا قوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين ولم يفصل ولانه يجوز وطيها
بملك اليمين فجاز للمسلم وطيها بالنكاح كالامة المسلمة فان قيل امة كافرة فلا يحل
للمسلم تزوجها كالمجوسية قيل له المجوسية لا يجوز وطيها بملك اليمين ولا يحل اكل
ذبيحتها فلم يصح نكاحها والكتابية بخلاف ذلك قال ولا يتزوج امة على حرة ويجوز
تزوج الحرة عليها والاصل في ذلك ما روي علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تنكح الامة على الحرة قال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة
الثلثان من القسم وللامة الثلث قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاما اما جواز
اربعة من الحراير فلقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسآء مثنى وثلث ورباع معناه
او ثلث او رباع ولا يجوز ان يحمل ذلك على الجمع لانه عي في الكلام قال الفرا هذا
عي لا فصاحة فيه لان العرب اذا ارادت ان تعبر عن التسعة لا تقول مثنى وثلث
ورباع وليس في كلام الحكيم عي واما جواز نكاح الحر لاربع من الاما خلاف الشافعي انه
لا يجوز اكثر من واحدة فلقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات
فمن ما ملكت ايمانكم ولم يفصل ولان من جاز له ان يتزوج امة جاز له ان يتزوج امتين
اصله العبد فان قيل قال الله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط في جواز نكاح الامة
خوف الزنا ومن تزوج واحدة فقد امن من الزنا فلا يجوز له تزوج الثانية قيل له اذا كانت
تحته امة فمال الى اخرى وخاف على نفسه فهو يخاف العنت ولان ظاهر الاية يقتضي انه
اذا خاف العنت جاز ان يتزوج اربعا في عقد واحد فقد اشتركا في الدليل قال ولا
يتزوج العبد اكثر من اثنتين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يتزوج العبد
اكثر من اثنتين قال فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يكن له ان يتزوج رابعة
حتى تنقضي عدة المطلقة وقال الشافعي يجوز ولا خلاف انه لا يجوز اذا كان الطلاق
رجعيا دليلنا ما روي مسلم بن يسار ان خلد بن عقبة كان تحته اربع نسوة فطلق
احداهن ثم تزوج اخرى فاستشار مروان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

في ذلك

في ذلك وكانوا متوافرين وفرق بينهما وروي في هذه القصة ان مروان ارسل الى زيد بن
ثابت يساله عن ذلك فقال لا ينبغي له ذلك انه انما تعتد منه خمس نسوة وعن
علي وعبد الله بن مسعود مثل قولنا ولان كل جمع حرم حال العدة من طلاق رجعي حرم حال
العدة من طلاق باين اصله الجمع بين الزوجين فان قيل انها اجنبية بدليل انه لا يحل نكاحها
الا بنكاح جديد فوجب ان لا يمنع من تزوج سواها لاجلها كساير الاجانب قيل له لا
نسلم انها اجنبية بدليل انها محبوسة لاجله عن الازواج ويجب عليه نفقتها والمعنى في
الاجنبيات انهن لما لم يحبسن لاجلهن عن الازواج لم يحبس هو لاجلهن ولما حبست
المعتدة في مسالتنا لاجله عن الازواج جاز ان يحبس عن غيرها لاجلها كالمطلقة الرجعية
وقد قال اصحابنا يجوز للحر ان يتزوج الامة مع قدرته على المال الذي يتزوج منه
حرة وقد قال الشافعي لا يجوز تزوج الامة الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت
وهو الزنا لنا انه ليس في حبسه حرة فاذا جاز له التزوج جاز له ان يتزوج الامة اصله
الفقير ولان من جاز له ان يتزوج امة اذا لم يقدر على نكاح حرة جاز وان قدر على نكاح حرة
اصله العبد اذا اذن له مولاه في التزوج فان قيل قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم
طولا ان ينكح المحصنات المومنات فمن ما ملكت ايمانكم ثم قال ذلك لمن خشي العنت منكم
فاباح الله نكاح الامة بشرطين فلا يجوز عند عدمهما قيل له هذا حكم قد علق بشرط ومن
اصلنا ان الحكم اذا علق بشرط لا يدل على نفي ما عداه وانما يثبت به حكم المدخول خاصة
ولو جوز ذلك ايضا لم يكن في الاية دليل لانه قوله فمما ملكت ايمانكم امر واقل الاحوال
ان يحمل على الندب وعندنا لا يندب الى نكاح الامة الا اذا خاف العنت وعدم الطول
قال واذا زوج الامة مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا
وقال الشافعي ان كان زوجها عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها لنا ما روي
عن عايشة انها قالت كان زوج بريرة حرا فلما اعتقت خيرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم فاختارت نفسها وروى الشيخ ابو بكر الرازي باسناده ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لبريرة ملكت بضعك فاختاري فجعل العلة في ثبوت الخيار لها ملكها بضعها
وهذا يقتضي ثبوت الخيار لمعنى فيها وعند المخالف يثبت الخيار لمعنى في الزوج وهو
عدم الكفاءة والخبر ضد مذهبه ولانها ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيثبت لها

الخيار كما لو كان زوجها عبدا فولنا ملكت نفسها انها صارت اولي بالتصرف في نفسها
من غيرها فان قيل تبطل العلة بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت انه لاخيا
لها قيل له ان العقد تم عليها بعد الحرية فقد ملكت نفسها قبل تمام العقد عليها فتم العقد
عليها بعد الحرية برضاها فلا يثبت الخيار فان قيل يبطل بما اذا زوج امته ولا مال له
غيرها نصف قيمتها ثم اعتقها في مرضه قبل الدخول بها ومات انه لاخيار لها قيل له هذه
عندنا لها الخيار وانما تعذر استيفاوه لانها لو اختارت نفسها قبل الدخول لسقط
المهر واذا سقط لم تخرج رقبتها من الثلث فلزمها السعاية واذا وجبت السعاية بطل حقها
في الخيار فيكون في ايقاع الفرقة بالخيار اسقاط الخيار فتعذر الاستيفا فالتعليل وقع
لاثبات الخيار لا للاستيفا فان قيل المعني في الاصل ان الزوج لم يساويها في الكمال
فيثبت لها الخيار ومتي اعتقت وهي تحت حر فقد ساواته في الكمال فلم يثبت الخيار كما لو
اذا اسلمت وهي تحت مسلم قيل له عدم المساواه حال بقا النكاح لا يثبت الخيار وانما
يجب ان تعتبر المساواة في ذلك في ابتدا النكاح بدليل ان الفقيرة اذا ايسرت تحت
الفقير لا خيار لها قال وكذلك المكاتبة وذلك انها ملكت بعقد الكتابة التصرف
فيما يودي الي اداء مال الكتابة ولم تملك به التصرف في نفسها ولم تملك التصرف
في نفسها بالعتق كما يملك ذلك الامة واذا كان كذلك فقد ملكت نفسها بعد تمام العقد
عليها فيثبت لها الخيار وعن زفر انه لا خيار لها لانها تملك بدل بضعها فهي كالحرة وهذا
لا يصح لانها لا تملك بدل بضعها بعقد النكاح وانما ملكته بعقد الكتابة والموثر في
سقوط الخيار ان تملكه بعقد النكاح الا تري انه لو اعتقت المراة ووهب لها مهرها
كان لها الخيار وان كان قد سلم لها بدل البضع الا انه سلم بغير عقد النكاح فلم يوثر في الخيار
قال واذا تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها وذلك
لان العقد تم عليها بعد ان ملكت نفسها بالحرية فوقع العقد برضاها فسقط الخيار
وصح العقد النكاح قال ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها
صح نكاح التي تحل له نكاحها وبطل نكاح الاخرى وقال الشافعي فيه وجهان احدهما
ان العقد لا يصح فيهما وهذا لا يصح لان ايجاب النكاح في امراتين كايجاب العقد في كل
واحدة منهما علي الانفراد وبدلا له انه يجوز ان يفرد بالقبول فاذا كان كذلك

لم يوثر

لم يوثر فساد نكاح احداهما في نكاح الاخري وكما لو افرد كل واحدة بالايجاب فان قيل العقد اذا
جمع بين الحلال والحرام بطل اصله اذا باع عبدا وحرا في صفقة واحدة قيل له اذا جمع بينهما
في العقد فكل واحدة منهما شروط في الاخر الا ان البيع يبطله الشروط فاذا اشترط الحر في بيع
العبد بطل لانه شرط في بيعه ما لا يدخل في العقد بحال واما النكاح فلا تبطله الشروط
فبطلان الشرط لا يبطله قال واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج عند ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وجملة ما يقال في هذا ان النكاح لا ينفسخ عند ابي حنيفة وابي يوسف بعيب
في احد الزوجين الا ان يكون الزوج مجبوبا او عنينا فيثبت الخيار ويفرق القاضي بينهما
وقال محمد يفسخ النكاح بالجنون والجذام والبرص اذا كان بالزوج ايضا وقال
الشافعي يفسخ بعيوب في الزوج الجب والعنة والجذام والبرص والجنون ويفسخ بعيوب
في المراة بالجنون والجذام والبرص والرتق والقرن وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف
انه معقد علي البضع فلا ينفسخ بالعيب كالخلع ولانه عيب بالزوج فلا يثبت الخيار بوجوده
كسائر العيوب ولا يلزم الجب والعنة لان الخيار لا يثبت فيهما لاجل العيب وانما يثبت لنقصان
المهر وجه قول محمد ان المراة يلحقها ضرر بالمقام مع الجنون اكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين
واذا ثبت لها الخيار في العنة ففي هذا اولي فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تزوج
امراة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضا فردها وقال دلستم علي قيل له ذكر هذا الحديث
البخاري وذكر فيه خلي سبيلها وهذا يفيد الطلاق ورواه كعب بن عجرة ايضا وقال راي بكشحها
بياضا فقال البسي ثيابك والحقي باهلك وهذا يفيد الطلاق ايضا فاذا اختلفت الالفاظ وجب
التوقف فيه ولو ثبت ما قالوه احتمل ردها بالطلاق واحتمل ردها بالفسخ فاذا اختلف وجب
حمله علي انه ردها بالطلاق ليوافق الخبر الخبر الاخر قال وان كان عنينا اجله الحاكم حولا
فان وصل اليها والا فرق بينهما ان طلبت المراة ذلك وقد قال قوم لا خيار لها دليلنا ما روي
سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضي في العنين انه يوجل سنة فان قدر عليها
والا اخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة وعن علي رضي الله عنه انه قال
يوجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما فان قيل روي عن علي رضي الله عنه ان امراة رفعت
اليه زوجها وشكت عجزه فقال علي ولا وقت السحر فقالت لا فقال هلكت واهلكت ما انا
بمفرق بينكما قيل له قد روي عن علي خلاف ذلك وقد روي ان هذه المراة قالت له انه لم يكن

منه الا مرة اي مرة واحدة وعندنا اذا وطيها مرة واحدة فلا خيار لها واذا ثبت هذا قال اصحابنا
اذا رفعت المراة زوجها فادعت انه عنين فان القاضي يسله هل وصل اليها ام لم يصل لانها ادعت
عليه العجز فلا بد ان يعرف جواب الدعوى من جهته ليجوز ان يصدقها علي ذلك فان قال قد وطيتها
يسالها القاضي ابكر هي ام ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر ان من خلا
بالثيب يطاها ومن شهد له الظاهر فالقول قوله وان قالت اني بكر نظر اليها النسا وتكفي امراة
واحدة لان البكارة معنى لا يجوز للرجال الاطلاع عليه فتقبل فيه شهادة النسا كالولادة وانما
قلنا تجزي امراة واحدة لان ما يقبل فيه قول النسا منفردات يقتصر فيه علي الواحدة كاخبار
الرسول صلي الله عليه وسلم والتثنية اوثق لان الظن عند خبرهما اقوي فان قلن انها ثيب كان
القول قول الزوج لما بيناه وان قلن انها بكر فالقول قولها لانه لو وصل اليها زالت بكارتها فكان
الظاهر معها واذا ثبت انه لم يصل اليها باقرار او ببقا البكارة اجله القاضي حولا لما رويناه عن
علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ان العنين يوجل سنة ولان تعذر الوطء يجوز ان يكون لعارض
يزول باختلاف الفصول وذلك يكون في سنة فلذلك اعتبرت واول السنة من حين ترافعا
الي القاضي فلا يحتسب علي الزوج بما قبل ذلك لما روي ان عمر كتب الي شريح ان يوجل العنين سنة
من يوم ترفع اليه لان امتناعه من الوطء قبل التاجيل يجوز ان يكون للعجز ويجوز ان يكون لكراهتها
فاذا اجل خاف العار او وطيها فلذلك لم يعتبر ما قبل التاجيل واذا ترافعا اليه بعد الحول وادعت
انه لم يصل اليها ساله القاضي عن ذلك فان قال قد وطيتها وهي ثيب فالقول قول الزوج لما بيناه
وان كانت بكرا نظر اليها النسا فان قلن انها بكر فالقول قولها وان قلن انها ثيب فالقول قول الزوج
لما بيناه واذا ثبت انه لم يطاها اما باقرار واما ببقا البكارة خيرها القاضي وذلك لان العيب
قد ثبت واستقر فثبت لها الخيار بين الرضا بالبدل المعيب وبين الفسخ فان اختارت المقام معه
بطل حقها ولم يكن لها خصومة بعد ذلك ابدا في هذا النكاح لانها رضيت بالعقد مع العيب فسقط
خيارها وان اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما لانها فرقة تختص سببها بالحاكم فتوقف وقوعها
عليه وتكون تطليقة واحدة لانها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طاري علي النكاح مختص به كالفرقة
الواقعة بلفظ الطلاق وانما يقوم القاضي مقامه فيها ويكون باينة لان القاضي يخلصها من زوج لا
يستقر مهرها معه فلو جعلناها رجعية لراجعها واحتاج القاضي الي التفريق ثانيا ويكون لها المهر
كاملا لان الخلوة قد وجدت والمهر عندنا يستقر بها وعليها العدة لانه وجب لها كمال المهر فوجب لها

كال

كال المهر فلزمها العدة كالمدخول بها فان كان وصل اليها مرة واحدة بطل حقها من الخيار ولان الخيار
يثبت لعدم استقرار المهر والوطء الواحد يستقر به المهر فلا يعتبر بما زاد عليه واما قوله ان طلبت
المراة الفرقة فلان ذلك حق لها فيقف حكم الحاكم فيه علي مطالبتها كسائر الحقوق قال والفرقة تطليقة
باينة ولها كمال المهر اذا كان قد خلا بها وقد بينا جميع ذلك قال وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال
ولم يوجله يعني ان طلبت الفرقة وذلك لان العلم بعجزه عن الوطء في الحال اكثر من العلم بعجز العنين
بعد الحول فاذا ثبت لها الخيار بعد الحول فههنا في الحال اولي قال والخصي يوجل كما يوجل العنين
وذلك لان الخصي قد يكون منه الوطء فهو بمنزلة العنين وقد قالوا لو تزوجته وهي تعلم بالعنة لم يكن
لها خيار لانها عقدت مع العلم بالعيب فلم يكن لها خيار كالمشتري اذا عقد مع علمه بالعيب قال
واذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض عليه القاضي الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابا
الاسلام فرق بينهما وقال الشافعي ان اسلمت قبل الدخول بانت منه في الحال وان كان بعد
الدخول وقف علي انقضا عدتها فان لم يسلم حتي انقضت عدتها وقعت الفرقة بينهما لنا ما روي
ان رجلا من بني تغلب اسلمت امراته وهي نصرانية فرفعت الي عمر رضي الله عنه فقال له عمر رضي
الله عنه اسلم والا فرقت بينكما فابا ففرق بينهما وعن ابن عباس مثل ذلك ولم تنقل عن احد
منهما اعتبار العدة وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف ولانه اسلام طاري علي النكاح
فلا تتعجل البينونة اصله بعد الدخول فان قيل انه اختلاف دين يمنع ابتدا النكاح فوجب
ان تقع الفرقة من غير حكم حاكم اصله اذا اسلمت الحربية في دار الحرب قيل له لا فرق لان
الحاكم يفرق لا بالزوج في الموضعين فاذا كانوا في دار الحرب فاقامة الزوج في دارهم
ابا الا ان في دار الاسلام يمكن الحاكم التفريق فيفرق وفي دار الحرب لا يمكنه فوقعت الفرقة
علي حدوث معنى يوثر في الفرقة واقرب ذلك ان مضي مدة العدة واذا ثبت ان الفرقة تقف
علي تفريق الحاكم فاذا اسلمت قبل ذلك كانوا علي النكاح لزوال المعنى الذي يوجب الفرقة
قال وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو فرقة بغير طلاق
وجه قولهما انها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طاري علي النكاح مختص به فكانت
طلاقا كلفظ الطلاق وجه قول ابي يوسف انها فرقة يشترك في سببها الزوج والمراة
فلم تكن طلاقا كفرقة الرضاع وهذا يبطل بالخلع قال واذا اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق بينهما القاضي ولم يكن ذلك طلاقا

وذلك لان الفرقة لا يقع باسلام احد الزوجين لانه لا يخلوا ان يقع باسلام من اسلم او بكفر الاخر
ولا يجوز ان يقع بالاسلام لان الاسلام مصحح للعقود والانكحة ولا يجوز ان يقع بكفر الكافر لان
هذا الكفر قد صح معه ابتدا العقد فاولي ان يصح معه القضا واذا ثبت ان الفرقة لا تقع باسلام
احدهما ولم تجز بقيتهما على النكاح فوجب ان تقف الفرقه علي معني حادث وقد بينا ان ذلك
هو تفريق القاضي فلو اعرض عليها الاسلام فاسلمت فقد صارا علي صفة يجوز ابتدا العقد
عليها فصح بقاوه معها واذا ابت فرق القاضي بينهما لان ابتدا النكاح لا يجوز علي هذه الصفة الا
تري ان المسلم لا يجوز ان يتزوج المجوسية وعلى هذا الوثنيه ولا يكون هذه الفرقة طلاقا لانها
متعلقة بفعل المراة والمراة لا تملك الطلاق قال فان كان قد دخل بها فلها المهر وان لم يكن دخل
بها فلا مهر لها فلا مهر لها اما وجوب المهر اذا كان قد دخل بها فلان الدخول يوجب استقرار
المهر وارتفاع العقد لا يوثر في اسقاط ما استقر بالدخول اصله اذا طلقها بعد الدخول
واما اذا لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقه جات من قبلها قبل الدخول فصار كما لو ارتدت
قال واذا اسلمت المراة في دار الحرب لم يقع الفرقه عليها حتي تحيض ثلاث حيض فاذا حاضت
بانت من زوجها وذلك لان الفرقه لا يقع الا بمعني حادث على النكاح وكفر الزوج ليس
بحادث فلا يقع به الفرقه واسلامها وان كان حادثا الا انه ليس بسبب يوجب التحريم فاحتجنا
الي سبب يقع به الفرقة لما لم تجز بقيتهما علي النكاح ولا يمكن اعتبار تفريق الحاكم في دار الحرب
فاعتبرنا مضي هذه العدة لانه سبب يوجب التحريم فاذا مضت وقعت عليها الفرقه حينيذ
قال واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما وذلك لان الاسلام لا يوجب الفرقه وهما
علي صفة يجوز ابتدا النكاح عليها فجاز تبقيتهما عليه قال واذا خرج احد الزوجين الينا
من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع الفرقه باختلاف الدار
فان كان دخل بها لم تقع الفرقة حتي تحيض ثلاث حيض وان لم يكن دخل بها وقعت الفرقه في الحال
وعلي هذا الخلاف ايضا ان خرج احدهما الينا ذميا دليلنا قوله تعالي يا ايها الذين امنوا اذا جاكم
المومنات مهاجرات الاية ثم قال ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاحهن مطلقا وعند
المخالف لا يجوز حتى تنقضي العدة ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر فلو منعنا تزويجها لاجل
النكاح الاول لكنا قد تمسكنا بعصمة الكافر ولانهما اختلفا بانفسهما في دارين كل واحد
منهما من اهلها فوقعت الفرقه اصله اذا سبي احدهما فان قيل اختلاف الدارين لا يوجب
الفرقة

الفرقه بينهما كالمسلمين قال واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة وجه قول ابي حنيفة قوله تعالي يا ايها الذين
امنوا اذا جاكم المومنات مهاجرات الي قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاح المهاجرة مطلقا
ولم تشترط فيه العدة ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر فلو منعناها لاجل العدة من التزويج كان
ذلك تمسكا بعصمة زوجها الكافر ولان الفرقه وقعت بينهما باختلاف الدار فلا تجب عليها العدة اصله
المسبيه وجه قولهما ان الفرقه وقعت عليها وهي مسلمة في دار الاسلام فوجب عليها العدة
كامراة المسلم قال فان كانت حاملا لم تتزوج حتي تضع حملها روي ذلك محمد عن ابي حنيفة
انه يتزوجها ولا يطاها وجه رواية ابي يوسف اما الحرمة لا حرمة له فلا يمنع التزويج اصله
ما الزاني وجه رواية محمد انها حامل بولد ثابت النسب فلا يجوز ان تتزوج اصله امراة المسلم
والصحيح ما رواه ابو يوسف قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة
بينهما فرقة بغير طلاق اما وقوع الفرقة فعندنا يصح في الحال دخل بها او لم يدخل وقال
الشافعي ان كان قد دخل بها لم تقع الفرقه حتي تمضي ثلاث حيض وهو علي الردة دليلنا ان الارتداد
من احد الزوجين فاوجب البينونة في الحال هناك اصله اذا كان قبل الدخول فان قيل
ردة طارية علي النكاح بعد الاصابة فلا تقع به البينونة في الحال اصله اذا ارتدا معا قيل له هناك
لم يختلف بهما دين والفرقة متي وقعت لاجل الدين تعلقت بالاختلاف فيه اصله المسلمين والكافرين
الاصليين واما قوله فرقة بغير طلاق فهو في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
اذا ارتد الزوج فردته طلاق وجه قول ابي حنيفة انها فرقة تعلقت بسبب غير مختص
بالنكاح الا تري ان الاحكام المتعلقة بالردة من القتل وزوال الملك وغيره تتعلق بها مع
النكاح ومع زواله والطلاق هو ما اختص بالنكاح ولا يشبه هذا ابا الزوج عن الاسلام لان
ذلك يتعلق بسبب مختص بالنكاح الا تري ان عرض الاسلام علي الانسان لاجل اسلام غيره
لا يكون الا في النكاح فلهذا اذا كان طلاقا وفارق الردة واما ابو يوسف فمن اصله ان
الطلاق بكل فرقة تتعلق بسبب من الزوج ولا يوجب تحريما فهي طلاق كقوله انت كالدم قال
فان كان الزوج هو المرتد وقد دخل بها فلها كمال المهر وان كان لم يدخل بها فلها نصف
المهر وذلك لان المدخول بها قد استقر مهرها بالدخول فلا يسقط بالفرقة الطارية
من قبل الزوج كما لا يسقط بطلاقها واما اذا لم يكن دخل بها فعليه نصف المهر لانها فرقة طارية

علي نكاح صحيح من جهة الزوج قبل الدخول فيجب نصف المهر كالطلاق قال وان كانت المراة
هي المرتدة قبل الدخول فلا مهر لها وذلك لان المعقود عليه تعذر تسليمه قبل القبض بمعنى من جهة
العاقد فلم يستحق البدل الذي في مقابلته كالبايع اذا تلف المبيع قبل القبض قال وان كانت الردة
بعد الدخول فلها كمال المهر وذلك لان المهر قد استقر بالدخول فصار دينا علي الزوج والردة
لا تسقط الديون كذلك هذا قال وان ارتدا معًا واسلما معًا فهما علي نكاحهما وهذا الذي
ذكره استحسان والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر وبه قال الشافعي دليلنا ان العرب
ارتدت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ابو بكر وبعث اليهم الجيوش حتى اسلموا
ولم يفرق بينهم وبين ازواجهم ولو اوجب ذلك الفرقة بكل حال لفرق بينهم فان قيل من اين لكم
انهم ارتدوا معًا والعادة ان ردة احد الزوجين تسبق الاخر قيل له لما طرات الردة ولم تعلم
بسبق احدهما حكم بوقوع ذلك معًا كما تقول في الغرقى ولانهما لم يختلفا في دين فلا تقع الفرقة
بينهما لاجل الدين اصله المجوسيين والمسلمين فان قيل لو ارتد احدهما وقعت الفرقة فارتدادهما
اولي ان يوجب الفرقة قيل له اذا ارتد احدهما اختلفا في الدين علي وجه يمنع ابتدا النكاح
ودوامه فاثر ذلك في الفرقة وههنا بخلافه قال ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا
كافرة ولا مرتدة وذلك لان الردة توثر في زوال الاملاك فلا يفيد الملك مع وجودها
كالموت ولان الردة تمنع بقا النكاح وحال الابتدا اكد من البقا فلان تمنع ابتدا النكاح اولى
قال وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يومن وهو عام ولانها لو ارتدت بطل نكاحها فلان يمنع وجود الردة ابتدا نكاحها اولى
قال واذا كان احد الزوجين مسلما فالولد علي دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير
صار ولده مسلما باسلامه والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على
الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه فتضمن ذلك ان الولد مع الابوين في الدين واذا ثبت
ذلك قلنا اذا اسلم احد الابوين وكان مسلما لا يخلوا اما ان يتبع المسلم في دينه او يتبع الكافر
وحكم الاسلام اقوي لقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى واذا كان الاسلام
اقوي تبعه الولد فيه ولان النبي صلى الله عليه وسلم اثبت له حكم الفطرة بنفسه ونقله
عنها للابوين جميعًا فلما لم يجتمعا علي الكفر لم ينقلاه عن الفطرة قال واذا كان احد الابوين
كتابيا والاخر مجوسيًا فالولد كتابي وقال الشافعي هو علي دين الاب لنا ان احد الابوين

له حكم الاسلام بدليل ان الكتابي يجوز اكل ذبيحته ومناكحته فتبعه الولد كما لو كان الاب مسلما
مجنونا والام مجوسية فان قيل اجتمع في هذا الولد حكم الحظر والاباحة فوجب ان يغلب
حكم الحظر اصله المتولد بين الحمار الاهلي والوحشي قيل له هذا يبطل بما اذا كان احد الابوين
مجوسيًا فتعذا اسلم قال واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جايز ثم اسلما
اقرا عليه اما اذا تزوج بغير شهود فانما يقرا ن عليه عندنا اصحابنا وقال زفر لا يصح ولا
يقر عليه وجه قول اصحابنا ان الشهادة في ابتدا النكاح معتبرة لحق الله تعالي والكافر
غير مخاطب بحقوق الله تعالي في احكام الدنيا وفي حال بقا النكاح الشهادة غير معتبرة
ايضا الا تري ان موت الشهود لا يوثر فيه واذا لم يعتبر ذلك في حق الكافر لا في الابتدا ولا في
حال البقا لم يوثر فقدها وجه قول زفر انه نكاح فاسد فيستوي فيه المسلم والذي
اصله نكاح ذوات المحارم اما اذا تزوج الذمي ذمية في عدة من ذمي جاز النكاح عند
ابي حنيفة فاذا اسلما اقرا عليه وقال ابو يوسف ومحمد وزفر النكاح فاسد وجه
قول ابي حنيفة ان العدة تجب لحق الله تعالي ولحق الزوج فما كان من حق الله تعالي فالذميان
لا يخاطبان به في احكام الدنيا وما كان من حقوق الزوج فالذمي لا يعتقده حقا فسقطت
العدة في ابتدا العقد فلا يجوز ان يوثر في حال البقا ولا يشبه هذا اذا تزوجها من عدة
من مسلم لان المسلم يعتقد ان العدة حقا له فيجب لاجله فيمتنع صحة العقد وجه قول
ابي يوسف ومحمد ان النكاح في حال العدة مجمع علي تحريمه فصار كنكاح ذوات المحارم
قال وان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما وذلك لان الفساد في نفس المعقود
عليه افسد العقد الا تري انه يستوي فيه حال الابتدا والبقا والفساد اذا حصل في نفس
المعقود عليه افسد العقد وهذا اتفاق منهم لان ابا حنيفة قال لا يعرض عليهم فيما عقدوه
من ذلك الا ان يترافعوا الينا او يسلم احدهما وقال ابو يوسف افرق بينهما ترافعوا
الينا ولم يترافعوا وقال محمد اذا ترافع احدهما فرقت والا لم افرق وجه قول
ابي حنيفة ومحمد فيما اذا لم يترافعوا هو ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الي مجوس هجر اما
ان يذروا الربا او ياذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب شيا في انكحتهم ولان المسلمين
فتحوا بلاد فارس ولم يتعرضوا لانكحتهم ولانه امر يعتقدونه دينا اليس فيه ضرر يعود الي
المسلمين نصا ككفرهم وجه قول ابي يوسف قوله تعالي وان احكم بينهم بما انزل الله

وهو عام واما اذا رضي احدهما بحكمنا قال ابو حنيفة لا يفرق بينهما وقال محمد يفرق بينهما
وجه قول ابي حنيفة قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم تعلق الحكم بشرط وهو اجتماعهم
عليه فاذا رضي احدهم لم يوجد الشرط ولان ترك الاعتراض حق لهما فاذا رضي احدهما
باسقاط حقه بقي الاخر بحاله وجه قول محمد ان الطالب لحكمنا ملتزم له فصار كما لو اسلم
احدهما وقد قال ابو حنيفة وابو يوسف في الحربي اذا اسلم وتحته خمس نسوة او اختين
فان كان تزوجهن في عقد متفرقة صح نكاح الاول وبطل نكاح الاخر وكذلك يصح نكاح الاربع
الاول دون الخامسة وان كان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال
محمد يختار منهن اربعا بعد الاسلام واحدى الاختين في الوجهين جميعا وبه قال الشافعي
الا ان الشافعي يشترط في جواز الاختيار ان يسلمن قبل انقضاء عدتهن وجه قولهما ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا اوصى اميرهم الى ان قال ادعوهم
الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان اجابوكم فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما عليهم ومعلوم من المسلم اذا تزوج اختين وخمسا في عقدة واحدة لا يختار منهن
بل يبطل العقد في جميعهن كذلك هذا ولانه تحريم جمع فلا يخير فيه بعد الاسلام اصله
الجمع بين الزوجتين وجه قول محمد وهو استحسان ما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر نسوة
فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا واسلم فيروز الديلمي وتحته
اختان فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فيهما وهذا لا دليل فيه لانه محمول على ان العقد وقع
في حال الاباحة قبل نزول الاحكام والفرايض يبين ذلك ان في الخبر ان غيلان اسلم وقد
تزوج في الجاهلية وعن مكحول انه قال قد كان ذلك قبل نزول الفرايض لان تحريم
الجمع ثبت بسورة النساء وهي مدنية وقد رووا ان فيروز الديلمي لما هاجر الى النبي صلى
الله عليه وسلم قال له ان تحتي اختان فقال له ارجع فطلق احداهما وهذا يدل على ان العقد
وقع صحيحا في الاصل وقد قال اصحابنا ان للمراة ان تمنع نفسها قبل ان يدخل بها الزوج
حتى يعطيها جميع المهر وذلك لان حقها لم يتعين في البدل فكان لها حبس نفسها والمطالبة
بالقبض ليتعين حقها كما للبايع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن واذا ثبت ان لها ان تمنع
نفسها كان لها الخروج من منزل الزوج لحاجتها وليس للزوج منعها وذلك لان الحبس
في مقابلة انما يسقط اذا اوفاها حقها فاذا لم يوجد ذلك فلها التصرف في نفسها فاذا اعطاها
جميع

جميع المهر فله ان يمنعها من الخروج وله ان يدخل بها لان حقها من الحبس قد سقط ووجب عليها
تسليم نفسها ولو اعطاها جميع المهر الا درهما كان لها ان تمنع نفسها وان تخرج من منزله وذلك
لان الحبس الذي ثبت لاجل البدل لا يتبعض كحبس المبيع ولا يكون له استرجاع ما دفع اليها من المهر
لانها قبضته بحق والقبض اذا وقع تستوفي المهر وقال ابو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وهو
قول ابي حنيفة الاول وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان المهر في مقابلة كل استمتاع
يوجد في عقد النكاح بدليل انه لو كان في مقابلة الوطء الاول لم يجب عليها تسليم نفسها في
الوطء الثاني لانها قد وفت ما في مقابلة المهر ولكان يوجد وطي الحرام فيما بعد الوطء الاول بغير عوض
ولكان انما وطيها مكرهة ان لا يكون لها ان تمنع نفسها لان الثاني من الوطء لا بدل في مقابلته
واذا ابطل جميع ذلك لم يبق الا ان يكون لها ان تمنع نفسها لان الثاني من الوطء لا بدل في
مقابلته كل وطء يوجد في العقد فيكون الوطء الثاني في مقابلة جزء من المهر فلها ان تمنع نفسها
حتى تستوفيه كالوطء الثاني ولكن باع عبدين فسلم احدهما فله حبس الاخر فان قيل قد
وجد التسليم الذي يتعلق به جواز التصرف فيسقط حق الحبس كالمؤجر اذا سلم
الدار للمستاجر قيل له هذا يبطل به اذا خلت بينه وبين نفسها ثم منعته من الوطء فلها ذلك مع
وجود التسليم الذي يبيح به التصرف واما الاجارة فعندنا الاجرة لا تستحق بالعقد فان كان
قد اطلق العقد فلا يثبت الحبس قبل التسليم ولا بعده لعدم استحقاق الاجرة وان كان قد اجر
وشرط تعجيل الاجرة وسلم الدار قبل التعجيل فالفرق انه لو سلمت الدار فلم يسكنها لم يثبت
للمؤجر حق الرجوع للحبس كذلك بعد التسكين وفي النكاح لو سلمت المراة نفسها جاز لها ان تمتنع قبل
الوطء كذلك بعده قال واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا
او ثيبتين او احداهما بكرا والاخرى ثيبا والاصل في ذلك قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا
فواحدة او ما ملكت ايمانكم فهذا يدل على وجوب العدل بين النساء في القسم ولما روت عايشة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم بيننا فيعدل في القسم ويقول اللهم ان هذا قسمي فيما املك
فلا تواخذني فيما لا املك وانما قلنا انه يستوي في ذلك البكر والثيب لعموم الاية ولانه لا خلاف
انهما يستويان في حال البقاء فكذلك في حال الابتداء مثله اذا تزوجهن بعقد واحد وقد قالوا
يستوي في القسم الحرة المسلمة والكتابية وذلك لان القسم حكم من احكام النكاح وهما لا يختلفان في
احكام النكاح قال فان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان وللامة الثلث وذلك

لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولا مخالف له قال
ولا حق لهن في القسم في حال السفر فلا يلزمه القسم لها لما لم يكن لها حق في السفر واذا ثبت
انه لا حق لها في السفر كان له ان يسافر بمن شا منهن كما له ان يسافر بما شا من امايه قال والاولى ان
يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد
السفر اقرع بين نسايه وهذا انما كان يفعله صلى الله عليه وسلم تطييبا لقلوبهن حتى لا يظن به
الميل الى احداهن وقد قال الشافعي اذا سافر باحدى نسايه بغير قرعة قضى للباقين بالقسم
وليس بصحيح لان الزوج لا يلزمه ان يسافر بنسايه فاذا اخرج واحدة فقد تبرع باخراجها والزوج
اذا تبرع على احدى نسايه لم يلزمه التسوية بينها وبين غيرها كما لو وهب لها هبة فان قيل انفرد
بالكون معها من غير حق فوجب ان يقضي لغيرها كما لو كان في الحضر قيل له في حال الحضر لو اقام عند
احداهن بقرعة قضى فاذا اقام بغير قرعة قضى ولما لم يجب القضا في مسلتنا اذا انفرد بها بقرعة
كذلك اذا كان بغير قرعة وقد قال الشافعي اذا تزوج الرجل امراة وعنده امراة فان كانت
الجديدة بكرا فضلها بسبعة ايام وان كانت ثيبا خيرها فان شاءت اقام عندها ثلثة ايام يفضلها
بها ثم يسوي بينهن فيما بعد وعندنا لا يفضل الجديدة بل يسوي بينهما لنا قوله تعالى ولن تستطيعوا
ان تعدلوا بين النسا ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل ولا يجوز ان يراد به ميل القلب لان الانسان
لا يستطيع التسوية في المحبة فلم يبق الا ان يكون المراد به الميل بالفعل وهذا موجود في التفضيل
ولانه لا يجوز التفضيل بينهن حال بقا العقد فلا يجوز في الابتدا اصله اذا تزوجهما في عقد
واحد وهما بكران فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة ليس بك
هوان على اهلك ان شيت سبعت لك وان شيت سبعت لهن وان شيت ثلثت لك ودرت
قيل له هذا دليل لنا لانه صلى الله عليه وسلم اخبر انه اذا سبع لها سبع لهن من غير تفضيل فاما
قوله ان شيت ثلثت لك ودرت فمعناه ودرت بالثلث لانه لما بين انه اذا اقام عندها سبعا دار
مثلها كان ذلك بيانا للثلاث والذي يبين ذلك انها لو كانت تستحق ثلثة ايام تنفرد بها كان اذا
اقام عندها سبعة ايام وعند بعضهن اربعة ايام لان ما تستحقه لا يسقط بزيادة المقام عندها الا
ترى انها اذا كانت في اخر الدور فاقام عندها يوما بعد الدور الاول ثم افتتح بها الدور الثاني
يوما دار على الباقيات يوما يوما قال واذا رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز ولها ان ترجع في ذلك والاصل فيه ما روي ان سودة لما اسنت خافت ان يفارقها النبي

صلى

صلى الله عليه وسلم فجعلت يومها لعايشة فنزل قوله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا
فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا واما قوله ان ترجع فلانها اسقطت حقا لم يجب فلم يسقط
باسقاطها واذا لم يسقط كان لها المطالبة عند وجوبه

كتاب الرضاع

قال رحمه الله قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم والاصل في تعلق
التحريم بالرضاع قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والتحريم يقع بقليل الرضاع وكثيره عندنا وهو قول علي وابن مسعود
وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال الشافعي يقع التحريم بخمس رضعات وهو قول عايشة
وابن الزبير وقال نفاة القياس بثلاث رضعات وهو قول زيد بن ثابت لنا قوله تعالى واخواتكم من
الرضاعة ولم يفصل ولان الرضاعة مصدر فتتناول القليل والكثير ولما روي على رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يحرم الجرعة من الرضاع كما يحرم الحولان ذكره ابو الحسن في
جامعه ولانه معنى يوجب تحريما موبدا فوجب ان يتعلق بمرة واحدة اصله الوطي في عقد النكاح فان
قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة
ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان قيل له المصة والاملاجة عندنا لا تحرم لانها قد
توجد ولا ينفصل بها اللبن لضعف الصبي حتى يتكرر المص فقد قلنا بظاهر الخبر واما قوله
ولا الرضعة ولا الرضعتان فهو تاويل الراوي حمل المصة على الرضعة والمشهور في الخبر
ذكر المصة والاملاجة ولان اثبات التحريم ونفيه انما يقال في الكبير الذي يوصف
بالتحليل والتحريم فاما الصغير فلا يثبت في حقه تحريم فعلم ان الخبر ورد في رضاع الكبير وقد
كان العدد معتبرا فيه لانه لا يكتفى بما يكتفى به الصغير ثم نسخ رضاع الكبير فسقط العدد والذي
يدل على ذلك ما روي عن ابن عباس انه سيل عن الرضاع فقيل له ان الناس يقولون لا تحرم
الرضعة ولا الرضعتان فقال قد كان ذلك فاما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم وقال
ابن مسعود آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم واما قوله في الحولين صحيح
ورضاع الكبير لا يتعلق به التحريم وانما يوجب التحريم في حال الصغر وذلك لقوله صلى الله
عليه وسلم الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم وقال الرضاعة من المجاعة وهذا يدل
ان التحريم يتعلق بالرضاع اذا اكتفى الصغير به في الغذا لان الكبير لا يكتفي باللبن في الغذا
فهو في حقه كلبن الشاة وروى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا رضاع بعد فصال

ولا يتم بعد حلم ولا صمت يوما الى الليل بغير كلام ولا وصال في الصيام ولا طلاق الا بعد نكاح
ولا عتق الا بعد ملك ولا وفا بنذر في معصية ولا يمين في قطيعة رحم ولا تعرب بعد الهجرة
ولا هجرة بعد الفتح فان قيل روي ان ابا حذيفة بن عتبة وكان من اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان تبنى سالما وهو الذي يقال له سالم مولى ابي حذيفة كما تبنى رسول
الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة فلما انزل الله تعالى ادعوهم لاباىهم هو اقسط عند
الله رد كل احد ممن يتبنى الى ابيه فان لم يعلم رد الى مواليه فجاءت سهلة بنت سهيل امراة ابي حذيفة
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي
وليس لنا الا بيت واحد فما ذا ترى في شانه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارضعيه خمس رضعات يحرم بلبنك وكانت تراه ابنا من الرضاع فاخذت بذلك عايشة فيمن
كانت تحب ان يدخل عليها من الرجال فتامر اختها وبنات اختها ان ترضعن من احبت ان
يدخل عليها قيل له ان كان الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم فهو منسوخ لما روي
عنه عليه السلام انه قال لا رضاع بعد الفصال وبقوله الرضاع ما انبت اللحم وان كان
الاستدلال بقول عايشة فقد روي ان غيرها من زوجات النبي صلى الله عليه وسلم
ابى ذلك وقلنا ما نرى ما فعله وامر به صلى الله عليه وسلم سهيلة الا رخصة في سالم
وحده واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يتعلق به التحريم ورضاع الصغير يتعلق به التحريم احتجنا
الى حد فاصل بين الامرين فقال ابو حنيفة يثبت حكم الرضاع في الصغير الى ثلثين شهرا
فما ارتضع بعد ذلك فلا يتعلق به حكم وقال ابو يوسف ومحمد الى الحولين وبه قال
الشافعي وقال زفر الى ثلث سنين وجه قول ابي حنيفة قوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ثم قال فان ارادا فصالا عن تراض منهما
وتشاور فلا جناح عليهما فاذا ثبت ان الفصال بعد الحولين بتراضيهما وهذا يدل
على عدم وقوعه قبل تراضيهما ثم قال وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم
وهذا يفيد ما بعد الحولين بالاجماع فعلم انه اذا استرضع بعدهما يثبت الرضاع ولانها
مدة لنقل الصبي من غذا الى غذا فجاز ان يزاد على معتادها اصله مدة الحمل وجه قولهما
قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين وقوله وفصاله في عامين الجواب ان
رضاع الام لا يثبت به تحريم فعلم ان الفصال المذكور ليس هو فصال في التحريم وانما
هو

هو في وجوب النفقة وكذلك نقول ان النفقة تجب عليه في الحولين بغير اختيار والفصال
قبلها يثبت باتفاقهما والرضاع بعدها يثبت باتفاقهما من غير ايجاب نفقة على الاب وهو قوله
تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ليس هذا بيانا لغاية الفصال وانما هو بيان لاقل مدة
الفصال الا ترى انه قرن بين الحمل والفصال واراد اقل مدة الحمل كذلك اراد اقل مدة
الفصال وجه قول زفر ان السنة الثالثة لما ثبت تحريم الرضاع في اولها ثبت في نفسها اصله
السنة الاولى والثانية قال ومدة الرضاع عند ابي حنيفة ثلاثون شهرا وقال ابو يوسف
ومحمد سنتان وقد بينا ذلك قال فاذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق به تحريم وذلك لما بينا
ان رضاع الكبير لا يتعلق به التحريم واعتبار المدة انما هو الفصل بين الكبير والصغير فاذا مضت
المدة على اختلافهم فيها صار الرضاع بعدها رضاعا للكبير فلا يتعلق به تحريم قال ويحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب الا ام اخيه من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج
ام اخيه من النسب وهذا الذي ذكره صحيح كما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع
الا هاتين المسألتين اما اخته من النسب انما حرمت عليه لان اباه وطئ امها وهذا لا يوجد في ام
اخيه من الرضاع واما اخت ابنه من النسب انما حرمت لانه وطئ امها ابوه وهذا لا يوجد في
اخت ابنه من الرضاع فلم يحرم قال وامراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان
يتزوج امراة ابنه من النسب وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب قال ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهي ان ترضع المراة صبية فيحرم هذه
الصبية على زوجها وعلى ابايه وابنايه ويصير الزوج الذي نزل اللبن له ابا للمرضعة
هذا قول اكثر السلف وعامة الفقها وعن سعيد بن المسيب وابراهيم النخعي انه لا يحرم دليلنا
قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ومعلوم ان النسب يتعلق
به التحريم من الجنبين كذلك الرضاع ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في بيت عايشة
فسمعت عايشة رجلا يستاذن في بيت حفصة فقالت عايشة يا رسول الله هذا رجل يستاذن
في بيتك فقال اراه فلانا عم حفصة من الرضاع فقالت يا رسول الله لو كان فلانا حيا يعني
عمها من الرضاع اكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة يحرم ما يحرم من الولادة وعن علي
عليه السلام انه قال سلوني فساله ابن الكوا عن بنت الاخ من الرضاعة فقال علي رضي الله
عنه ذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة ليتزوجها فقال هي ابنة اخي من الرضاعة

ولان الزوج سبب في نزول اللبن فيتعلق به التحريم كما يتعلق بالولادة لما كان سببا فيها فان
قيل ان الرجل لو نزل له لبن فارضع منه صبية لم يحرم عليه فاذا لم يثبت له التحريم بفعله
فلان لا يثبت بفعل غيره اولى قيل له ان ارضاع الرجل لا يسمى ارضاعا ولا يكتفي به الصبي في الغالب
فالحكم يتبع هذا المعنى الدليل عليه اذا شرب لبن شاه واذا ثبت ان تحريم الرضاع يكون من جهة الزوج
ومن جهة المراة جميعا قلنا لا يجوز للصبي ان المرضعة امراة ان يتزوجها لانها امه من الرضاع
ولا يتزوج احدا من بناتها لانهن اخواته من الرضاعة ولا يحل له شي من ولدها ولا ولد ولدها
كما لا يجوز ان يتزوج باخواته ولا بنات اخواته واخوته وامهاتها ايضا حرام عليه لانه
جداته من الرضاعة واخواتها خالاته ولا يجوز ايضا لهذا الصبي ان يتزوج ببنات الزوج
لانهن اخواته من الاب من الرضاعة ولا اخوات الزوج لانهن عماته من الرضاعة ولا بامهات
الزوج لانهن جداته من الرضاعه من قبل الاب ولو كان المرضع صبية لم يجز للزوج ان
يتزوجها لانها ابنته من الرضاعة ولا يتزوجها احد من اولاده لانها اختهم من الرضاعة
ولا يجوز للصبي المرضع ان يتزوج امراة تزوجها هذا الزوج لانها امراة ابيه من الرضاعة
ولا يجوز للزوج ان يتزوج امراة تزوجها هذا الصبي المرضع لانها حليلة ابنه من الرضاعة
كما لا يجوز حليلة ابنه من النسب ولو كان لرجل امراتان فحملت كل واحدة منهما منه وارضعت
كل واحدة صبيا صغيرا اجنبيا كانا اخوان من الاب من الرضاعة فان كان احد الصغيرين
انثى لم يجز للاخر ان يتزوج به لانه اخوها من الاب وان كانا انثيين لم يجز لرجل ان يجمع بينهما
لانهما اختان لاب من الرضاعة كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب مثل الاخ من
الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها **قال** وكل صغيرين
اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج الاخر وذلك لانهما اخ واخت من الرضاعة
لابوام فلا يتزوج احدهما الاخرى كما لا يتزوج من النسب **قال** ولا يجوز ان يتزوج
المرضعة احدا من ولد ولد الذي ارضعت ولا ولد ولدها ولا يتزوج الصبي المرضع
اخت الزوج لانها عمته من الرضاعه وقد بينا جميع ذلك **قال** واذا اختلط اللبن
بالما واللبن الغالب تعلق به التحريم وان غلب الما لم يتعلق به تحريم وقال
الشافعي اذا تحققنا وصول اجزا اللبن الى جوف الصبي وقع به التحريم وهذا لا يصح
لان النبي صلى الله عليه وسلم علق التحريم بما ينبت اللحم وذلك لا يوجد في اللبن

الذي غلب عليه الما فان قيل ان اللبن المحرم وصل عينه الى محله في وقته وعدده فصار كما
لو لم يختلط بالما قيل له لا نسلم انه وصل اللبن المحرم لان هذه الصفة يستحقها اللبن بنفسه
اذا كانت قوته باقية مع الاختلاط وقد عدم ذلك واما اذا كان اللبن هو الغالب فقوته
باقية ويقع به التغذي وذلك سبب التحريم **قال** وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم
وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحرم وجه قول ابي حنيفة
ان الطعام اذا وقع في اللبن وان كان دونه فانه يسلبه قوته بدليل انه يرق ويضعف
في المشاهدة فصار بمنزلة الغالب عليه وجه قولهما ان اللبن اذا كان غالبا فهو متبوع
والطعام تبع فلا يمنع وقوع التحريم كما لو اختلط بالما **قال** واذا اختلط بالدوا وهو
الغالب تعلق به التحريم وذلك لان الدوا يجعله في اللبن يوصله الى مكان لا يصل اليه
بنفسه فوقوع التحريم به يمنع مخالطته اولى واذا غلب الدوا فقد صار اللبن على صفة
لا يقع به الغذا فزالت صفته التي يتعلق بها التحريم **قال** واذا حلب اللبن من المراة بعد
موتها فاوجر به الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يقع به التحريم لنا قوله
صلى الله عليه وسلم الرضاع ما انبت اللحم وهذا موجود في لبن الميته ولانه وصل
الى جوفه في مدة الرضاع وهو مما يقع به التغذي فصار كلبن الحية فان قيل انه لبن لا
يحل شربه فلا يحصل به الرضاع اصله لبن الكلب قيل له البهايم لا يحصل بينه وبينها
والادمي تحريم النسب فلا يثبت بينهما تحريم الرضاع **قال** واذا اختلط اللبن بلبن شاه
تعلق به الحكم دون التحريم وذلك لان لبن الشاه لا تاثير له في التحريم فصار بمنزلة الما
فاعتبر فيه الغلبه **قال** واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باكثرهما عند ابي يوسف
وقال محمد بهما وجه قول ابي يوسف وهو روايه الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان الحكم يتعلق بالغالب والمغلوب فلا يعتد به كما لو غلب عليه الما
وجه قول محمد وهو قول زفر ان اللبن لا يصير مستهلكا في جنسه وانما يستهلك في
غير جنسه واذا كان كل واحد منهما غير مستهلك في الاخر تعلق التحريم بهما **قال**
واذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم وذلك لان التغذي يقع به كما
يقع بلبن الثيب وان نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لان التغذي
والاكتفا لا يقع به ولا يسمى ايضا ارضاعا فلا يتعلق به التحريم **قال** واذا شرب صبيان

من لبن شاة فلا رضاع بينهما وذلك لان لبن الشاة لا يسمى رضاعا ولا يقع به الاكتفا فصار كغير
اللبن قال واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج
وذلك لان الصغيرة صارت بنت الكبيرة والجمع بين المراة وبنتها في النكاح لا يجوز حالة
الابتدا ولا حالة البقا قال فان لم يكن دخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جات بسبب
من جهتها قبل الدخول فصار لو ارتدت قبل الدخول قال وللصغيرة نصف المهر وذلك
لان الفرقة وقعت عليها قبل الدخول بسبب لا من جهتها كما لو طلقها قال ويرجع به الزوج
على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شي عليها وقال الشافعي يضمن في
الحالين لنا ان الرضاع ليس باتلاف وانما هو سبب في الاتلاف واسباب الاتلاف تختلف
بالتعدي وغير التعدي اصله حفر البير ان كان في ملكه لم يضمن ما تلف به وان كان في
غير ملكه ضمن ومعلوم ان الرضاع مباح اذا لم تقصد به الفساد ومندوب اليه عند
الحاجة للصغير وواجب اذا خيف عليه واذا لم يكن متعدية فيه لم تضمن فان قيل
كل فعل اذا قصد به الاتلاف تعلق به الضمان واذا لم تقصد به الاتلاف اصله الرمي
قيل له الرمي مباشرة الاتلاف فاستوى فيه القصد وغيره وفي مسئلتنا اتلاف بسبب
فصار كحفر البير واذا ثبت ان الضمان يلزم اذا تعمدت الفساد قال اصحابنا
تضمن نصف المسمى وقال الشافعي نصف مهر مثلها وفي قول اخر جميع مهر المثل لنا ان خروج
البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل ان الاب لا يملك خلع ابنته الصغيرة بمالها فلو كان
له قيمة جاز بدل مالها في مقابلته ولهذا ايضا لو طلق المريض امراته لم يضمن شيا للغرما
ولو تقوم بضعها ضمنت لهم كما لو اعتق عبده واذا لم يتقوم لم تضمنها المرضعة بالاتلاف
وانما تضمن لانها قررت عليه ضمان نصف الصداق وقد كان يجوز بان يسقط عنه
ان تكون فترتد او تمكن ابن زوجها من نفسها فصار كانها الموت عليه ما غرمه فضمنت ذلك
فان قيل من اتلف شيا وضمنه وجب ان يضمنه بقيمة لا بالبدل الذي ملكه به اصله ساير
المتلفات قيل له لا نسلم انها تضمن بالاتلاف على ما بينا وقد نص الشافعي رضي الله عنه
انها تضمن نصف مهر مثلها فلو صح ما قاله لوجب ان تضمن جميع مهر المثل على هذا القول
فبطل ما ثبتوه وقد قال اصحابنا في الصبي اذا احتقن باللبن لم يقع به التحريم لانه يصل الى
الامعا السفلى والغذا انما يكون في الامعا العليا الغليظه وعن محمد انه يقع به التحريم

لانه

لانه يصل الى الجوف فصار كما لو وصل من الفم وقد قال ابو حنيفة في الرجل اذا طلق امراته
ولها لبن منها فتزوجت وحبلت من الثاني فارضعت صبيا ان التحريم من الاول دون الثاني فاذا
وضعت فالتحريم من الثاني دون الاول وعن ابي يوسف اذا نزل لها لبن من الثاني فالتحريم
من الثاني وبطل الاول وعنه انها اذا حبلت فاللبن من الثاني وقال محمد اذا نزل لها لبن فالتحريم
من الزوجين فاذا وضعت فالتحريم للثاني خاصة وقال الشافعي اذا حبلت واللبن بحاله
لم ينقطع ولم يزد فهو للاول قولا واحدا وان زاد ففيه قولان احدهما للاول والاخر انه بينهما
وان انقطع ثم عاد ففيه ثلثه اقوال القولان الاولان وقول ثالث ان اللبن للثاني وهو
الصحيح وجه قول ابي حنيفة ان الولادة سبب لنزول اللبن والحمل قد ينزل معه اللبن
وقد لا ينزل فالظاهر يقتضي تعليق الحكم بالسبب وما بعده محتمل فلا يتغير السبب الاول
بالاحتمال ولان زيادة اللبن ايضا لا يدل على حدوث لبن من الثاني لانه قد يزيد بجودة الغذا
وصحة البدن فلا يزول التحريم الاول بالشك وجه قول ابي يوسف ان الحامل قد لا ينزل
لها لبن فاذا زاد لبنها فالظاهر انه لبن حدث من الحمل الثاني وجه الرواية الاولى عنه ان الحمل
يقطع اللبن الاول ويحدث لبن اخر فتعلق الحكم به وجه قول محمد ان اللبن الاول باق والزيادة
تدل على نزول اللبن الثاني فصار كلبن امراتين خلطا فيتعلق التحريم بهما فاذا وضعت انقطع
اللبن الاول في الغالب فيتعلق الحكم بالثاني قال ولا يقبل في الرضاع شهادة النسا منفردات
وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقال الشافعي يثبت بشهادة اربع نسوة لنا ان
الرضاع معنى يجوز للرجال الاطلاع عليه الا ترى ان محارمها ينظرون اليها وما جاز للرجال
الاطلاع عليه لا يجوز الاقتصار فيه على شهادة النسا اصله الاموال وقد روي ان رجلا تزوج
امراة فجات امراة فزعمت انها ارضعتهما فسال الرجل عليا رضي الله عنه عن ذلك فقال
هي امراتك ليس احد يحرمها عليك فان تنزهت فهو افضل وعن ابن عباس مثله وعن عمر لا يجوز
الا بشاهدين فان قيل روي ان عقبة ابن الحارث لما تزوج ام يحيى بنت ام هاني جات سودا
فقالت اني ارضعتكما قال عقبة فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فاعرض ثم ذكرته
له فاعرض ثم قال في الثالثة او في الرابعة فارقها فقلت يا رسول الله انها سودا قال
فكيف وقد قيل قيل له هذا لا دلالة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم انما ذكر ذلك على طريق
التنزه والاولى يبين ذلك انه اعرض عنه اولا ولو وجب التفريق لم يعرض عنه ثم قال

فارقها وهذا يدل على بقا النكاح

كتاب الطلاق

قال رحمه الله الطلاق في اللغة عبارة عن ازالة القيد وهو ماخوذ من الاطلاق تقول اطلقت ابلي واطلقت بسيري وطلقت امراتي فاصل الجميع واحد وانما فصلوا بينهما لاختلاف المعنى فقالوا في المراة طلاق وفي غيرها اطلاق والطلاق في الشرع عبارة عن معنى موضوع لحل النكاح والدليل على وقوع الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان وقوله فطلقوهن لعدتهن وقال النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه قال رحمه الله الطلاق على ثلثة اوجه احسن الطلاق وطلاق السنة وطلاق البدعة فاحسن الطلاق ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها والاصل في ذلك ما روي بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن عبيدة الضبي عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة وروي في خبر اخر وكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا في ثلاثة اطهار ولان هذا الطلاق ابعد من الندم وكلما بعد الطلاق من الندم فهو اولى قال وطلاق السنة ان يطلق الرجل المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وذلك لما روي في حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما هكذا امرك ربك يا ابن عمر امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة قال وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وقال الشافعي لا اعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة وهو مباح دليلنا قوله تعالى الطلاق مرتان فاما ان يكون المراد به الخبر والامر لا يجوز ان يكون المراد به الخبر لانه قد يكون على خلاف ذلك وخلاف الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره فعلم ان المراد به الامر فكانه قال طلقوا مرتين والامر بالتفريق يقتضي تحريم الجمع ولما روي في حديث عبادة بن الصامت ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال بانت بالطلاق في ثلاث في معصية وتسع مائة وسبعة وتسعين فيما لا يملك وكان عمر بن الخطاب لا يوتى برجل طلق امراته ثلثا الا اوجعه ضربا واجاز ذلك عليه وروي عن علي وابن مسعود وعمران بن الحصين رضي الله عنهم مثل ذلك ولانه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة تتعلق به الكراهية اصله الظهار فان قيل ان هذا الطلاق في طهر لم يجامعها فيه فوجب ان لا يكره كما لو طلقها واحدة قيل له ايقاع الواحدة يا من معه الندم من غير اضرار بغيره وليس كذلك الثلاث لانه لا يامن معه الندم في الغالب فكره كما كره الطلاق عقيب الجماع قال فاذا فعل ذلك

ذلك وقع الطلاق وبانت امراته منه وكان عاصيا ومن الناس من قال لا يقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة والدليل على فساده ما ذكرناه من حديث عبادة بن الصامت ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال بانت منه بالثلاث ولما روي ان ابن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم ارايت لو طلقتها ثلثا اكانت تحل لي فقال لا وتكون معصية قال والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وذلك لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وروي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر ان المراد به لقبل عدتهن وهو عام في المدخول بها وغير المدخول بها ولان المنع يعود الى جميع التطليقات وهذا لا يختلف بالمدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض والاصل في ذلك ما روي ان ابن عمر طلق امراته في حال الحيض فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما هكذا امرك ربك يا ابن عمر انما امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة وروي انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شا طلقها طاهرا من غير جماع او حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النسا وانما قلنا ان هذه السنة يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان الطلاق في حال الحيض انما منع منه لانه يودي الى تطويل العدة لان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تحتسب بها من العدة وهذا لا يوجد في غير المدخول بها لانها لا عدة عليها فاما كون المطلقة ان تكون طاهرا من غير جماع فلا يتصور في التي لم يدخل بها قال واذا كانت المراة لا تحيض لصغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى وذلك لان الشهر قد اقيم مقام حيضة في حق الايسة والصغيرة في حق انقضا العدة فاذا وجب الفصل بين تطليقتا السنة بحيضة فيمن تحيض وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين طلاقها ووطيها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر وجه قول اصحابنا ان المنع من الطلاق عقيب الجماع انه لا يامن ان تكون حبلت فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الصغيرة والايسة وجه قول زفر ان الشهر اقيم مقام حيضة فيمن لا تحيض فاذا وجب الفصل فيمن تحيض بين الوطء والطلاق بحيضة وجب فيمن لا تحيض الفصل بشهر بين التطليقتين قال وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع وذلك لما روي في حديث ابن عمر حين طلق امراته في حال الحيض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت

ثم طهرت فان شا طلقها من غير جماع او حاملا فقد استبان حملها ولان المنع من الطلاق عقيب الوطء

انه لا يامن ان يكون حبلت فيندم وهذا معدوم مع ظهور الحمل قال ويطلقها للسنة ثلثا

يفصل بين كل طلقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يطلقها للسنة الا واحدة

وجه قولهما ان عدتها فاذا طلقها فصل بين كل تطليقتين بشهر اصله الايسة والصغيرة وجه قول

محمد وهو قول زفر ان الفصل بين تطليقات السنة يقع بما تنقضي العدة به وطهر الحمل لا تنقضي

به العدة فلا يقع به الفصل كالشهور فيمن تحيض قال واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع

الطلاق ومن الناس من قال لا يقع وكذلك الخلاف في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة دليلنا انه لما

منع منه دل على وقوعه اذا فعل الا ترى ان النهي لا يصح ان تصور وجوده وانما فائدة النهي تحرم

المنهي عنه والمنع من ايقاع الثلاث ليلا يندم ولا يقدر على مراجعتها والنهي اذا كان المعنى في

غير المنهي عنه لا يمنع من وقوعه كالبيع عند اذان الجمعة فان قيل ان الله تعالى جعل لنا الطلاق

على وجه مباح فاذا طلقها على غير ذلك الوجه لم يقع كمن وكل رجلا بطلاق امراته للسنة فطلقها

للبدعة قيل له ان الله تعالى ملكنا الطلاق وامرنا ان نتصرف فيه على وجه مباح فاذا تصرفنا

فيه على غير ذلك الوجه لا يمنع من وقوع التصرف منا وان كان محظورا وزان ذلك من الوكيل

ان يملكه الموكل طلاق امراته ويقول له طلقها للسنة فان طلقها للبدعة وقع كذلك هنا قال

ويستحب ان يراجعها فاذا طهرت وحاضت وطهرت فان شا طلقها وان شا امسكها اما استحباب

الرجعة فلان ابن عمر لما طلق امراته في حال الحيض امره النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها واما

ما ذكر من انه اذا اراد طلاقها طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الثانية فهو ما ذكره محمد

في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق قال ابو

الحسن ما ذكره الطحاوي هو قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل هو قولهما وجه قول ابي حنيفة

انه طهر لم يجامعها فيه ولا اوقع فيه طلاقا فجاز ان يطلقها فيه للسنة كالطهر الذي يلي الحيضة

الثانية وجه قولهما ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها فاذا طهرت

ثم حاضت ثم طهرت فان شا امسكها وان شا طلقها ولان الطلاق الموقع في الحيض بمنزلة الموقع في

الطهر الذي بعده بدليل ان تلك الحيضة لا تعتد بها ولو طلق في الطهر لم يجز ان يطلق ثانيا كذلك

اذا طلق في الحيض ثم طهرت بعدها قال ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع

طلاق الصبي والمجنون والنايم لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جايز

الا

الا طلاق الصبي والمجنون ولما روي عنه عليه السلام انه قال رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى

يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم وظاهر هذا يقتضي ان لا يقع طلاقه ولان

رفع القلم يقتضي رفع الحكم عنه فلا يحرم عليه امراته لذلك ولانه لا خلاف ان النايم لا يقع طلاقه

فكذلك الصبي والمجنون لتساويهم في زوال التكليف قال واذا تزوج العبد وطلق وقع

طلاقه يعني اذا تزوج باذن مولاه وذلك لانه مكلف فوقع طلاقه كالحر قال ولا يقع طلاق مولاه

على امراته وذلك لان اذن المولى انما يوثر في زوال الحجر واذا زال الحجر وقع عقد النكاح

للعبد خاصة فكان حكمه اليه دون المولى الذي لا يملكه قال والطلاق على ضربين صريح وكناية

والصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي ولا يقع به الا واحدة وان

نوى اكثر من ذلك اما معرفة الصريح فانه يرجع فيه الى مجرى العرف باستعماله في شيء دون

غيره وهذه الالفاظ التي ذكرها تستعمل في العرف في الزوجات ولا تستعمل في غيره فدل

انها صريح ومن حكم الصريح ان يقع به الطلاق الرجعي وذلك لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك

بمعروف او تسريح باحسان فاثبت الرجعة عقيب الطلقتين ولان ابن عمر لما طلق امراته

امره النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وقد قال اصحابنا ان لفظ الصريح لو نوى به

البائن لم تكن باينا وكان رجعيا لان النية توثر في صرف الكلام من وجه الى وجه والصريح لا

يصح صرفه من وجه الى وجه فلم توثر فيه النية واما قوله لا يقع به اكثر من واحدة وهو

قول اصحابنا وقد قال الشافعي اذا قال لامراته انت طالق ونوى ثلثا وقع ثلثا دليلنا

ما روي ان ابن عمر طلق امراته في الحيض فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يستحلفه

انه لم يرد ثلثا ولو احتمل اللفظ ذلك لاستحلفه كما استحلف ركانة في الكناية بالله ما اردت

الا واحدة ولان قوله انت طالق يقتضي تطليقة واحدة بدلالة اتفاقهم انه اذا لم ينو شيا كانت

واحدة وزعم المخالف ان اللفظ مشترك في تناول الواحدة والثلاثة وهذا دعوى فلا بد له

من دلالة شرعية او لغوية واما نحن فقد حملنا اللفظ على ما اتفقنا على تناوله فلا نحتاج

الى دلالة فان قيل قوله انت طالق اسم فاعل يقال طلقت فهي طالق كما يقال خرج فهو خارج

وضرب فهو ضارب واسم الفاعل يتضمن العدد الا ترى انه يحسن ان يفسره بما شا من المصادر

فيقول انت طالق مرتين وانت طالق تطليقة واحدة وتطليقتين وثلاث تطليقات كما يقال

ضارب ضربة ضربتين وثلاث ضربات ولو كان الاسم لا يتضمن العدد لم يحسن ان يفسر به

قيل له قوله انت طالق قد اختلف فيه انه اسم الفاعل اذ هو صفة نعلى هذا لا نسلم ولو سلمنا انه اسم الفاعل لا نسلم انه يتضمن العدد فاما اذا قال انت طالق مرتين فهذا ظرف زمان افاد العدد من طريق المعنى والتقدير انت طالق في زمانين والفعل الواحد لا يكون في زمانين فيثبت الطلقتين من طريق المعنى واما اذا قال انت طالق تطليقتين فهذا مصدر وليس بعدد وقد قال اصحابنا اذا قال انت طالق وقال اردت انها طالق من وثاق لم يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدقه القاضي في الحكم وكذلك لا يسع المراة ان تصدقه فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق لانه نوى ما يحتمله كلامه والله تعالى مطلع على نيته وقالوا لو قال اردت انها طالق من العمل لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ لا يستعمل في الطلاق من العمل فقد نوى ما لا يقتضيه لفظه فلا يصدق عليه ولو صرح فقال انت طالق من وثاق لم يقع عليها شي في القضا لان المراة توصف بانها طالق من وثاق وانما اللفظ ليس يستعمل فيه فاذا صرح به حمل عليه ولو صرح فقال انت طالق من هذا العمل لم يصدق في القضا لان اللفظ لا يستعمل في العمل حقيقة ولا مجازا لم يصدق في الحكم واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق لان اللفظ يحتمل وان كان خلاف الظاهر وقد روي عن ابي حنيفة فيمن قال لامراته انت مطلقة بالتخفيف وقال نويت طلاقا من عمل او قيد صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة من الامرين لجاز ان تصدق فيه قال ولا يفتقر الى نية يعني بها في صريح الطلاق وذلك لان ابن عمر طلق امراته في حال الحيض فامره النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها ولم يسأله هل نوى الطلاق او لم ينو ولان النية يحتاج اليها في اللفظ المستعمل في شيئين يصرف بها عن احدهما الى الاخر وقد بينا ان الفاظ الطلاق لا تستعمل في غير الزوجات فلا تفتقر الى نية قال وقوله انت الطالق وانت طالق طلاقا وانت طالق الطلاق يعني ان هذه الالفاظ من جملة الصريح وهو صريح لانها لا تستعمل في غير الزوجات قال فان لم يكن له نية فهي واحدة رجعية وذلك لما بينا ان صريح لفظ الطلاق موجبه تطليقة واحدة رجعية قال فان نوى به ثلثا كان ثلثا اما قوله انت الطلاق فيقع به الطلاق في القضا لان المفعول يوصف بالمصدر يقال انما هي اقبال وادبار يعني انها مقبلة مدبرة واذا صح وصفها بذلك وقع به الطلاق كقوله يا مطلقة فان نوى به ثلثا كان ثلثا لان الالف واللام للاستغراق والطلاق اسم الجنس فيقتضي ذلك استغراق جنس ما يملكه من الطلاق وذلك

هو

هو الثلاث ولو قال اردت اثنتين لم تقع الا واحدة لانا لم نوقع الطلاق جملة من حيث العدد وانما اوقعناها لانها جنس ما يملكه واما قوله انت طالق الطلاق فان نوى به ثلثا وقع لما ذكرناه واما اذا قال انت طالق طلاقا ولم يكن له نية وقع واحدة لان المصدر يفيد التاكيد تقول قمت قياما والتاكيد لا يفيد الا ما يفيد المؤكد فان قال اردت ثلثا في رواية الاصل لان المصدر يفيد معنى الكثرة بدليل قوله تعالى وادعوا ثبورا كثيرا واذا كان فيه معنى الكثرة جاز ان نوى به العدد وروى بشر عن ابي حنيفة انه لا يكون الا واحدة لما بينا ان المصدر يفيد التاكيد والتاكيد لا يفيد الا ما يفيد المؤكد قال والضرب الثاني من الطلاق الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او دلالة الحال والاصل في هذا ان الفاظ الكنايات تحتمل للطلاق ولغيره فلا ينصرف اللفظ الى احد المحتملين الا بدليل فاذا نوى الطلاق وقع لان النية تصرف الكلام من وجه الى وجه اذا كان اللفظ محتملا لهما الدليل عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم حلف ركانة انه ما اراد الا واحدة وقد كان طلق امراته البتة فدل على انه لو نوى الثلاث لوقع فرجع الى نيته لما احتمل اللفظ الثلاث والواحدة كذلك اذا احتمل اللفظ غيره وقف على نية فاما دلالة الحال فيقوم مقام النية في وقوع الطلاق بالنية وقال الشافعي دلالة الحال لا تؤثر دليلنا ان الكلام اذا خرج جوابا للسؤال فالظاهر انه محمول على مقتضى السؤال بدليل قوله تعالى هل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم معناه وجدنا ما وعدنا ربنا حقا فاذا ثبت هذا وقالت له زوجته طلقني فقال انت باين فالظاهر انه اجابها الى ما سالت وقال لها انت باين بالطلاق ولان دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام الا ترى ان اللفظ الواحد يحمل على المدح تارة وعلى الذم تارة اخرى لما يقارنه من دلالة الحال يقول يا فاضل لمن يستحق المدح فيكون مدحا ويقول لمن لا يستحق المدح يا فاضل وانت تريد وصفا بضد ذلك لما قارنه من دلالة الحال فان قيل ان ركانة طلق امراته البتة فجا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امراتي البتة فقال له ما اردت بها فقال والله ما اردت بها الا واحدة فردها اليه ولم يساله عن دلالة الحال ورجع الى نيته قيل له ان ركانة قال طلقت وهذا لا يحتاج الى دلالة الحال مع تصريحه بارادة الطلاق وانما اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم نيته في العدد ولا دلالة له في ذلك قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة وهذا الذي ذكره صحيح وهذه الالفاظ الثلثة في حكم الصريح يعني

انما يقع بها من الطلاق رجعي وهي في معنى الكنايات في باب افتقارها الى النية او دلالة الحال
وقد قال ابو حنيفة القياس في قوله اعتدي ان تكون بائنا وانما ترك القياس للاثر قال
ابو يوسف وهو حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي فناشدته
الله ان يراجعها لتجعل يومها لعائشة حتى تحشر في جملة ازواجه فراجعها ورد عليها يومها
واما قوله استبري رحمك فهو تفسير لقوله اعتدي فيفيد ما تفيده واما قوله انت
واحدة فهو صفة لقوله انت طالق الا ترى انه يقال انت طالق واحدة ولا يقال انت باين
واحدة واذا كان صفة لصريح الطلاق وقع به ما يقع بالصريح وانما قلنا ان هذه الالفاظ
تفتقر الى النية لانها تحتمل الطلاق وغيره الا ترى انه يحتمل اعتدي نعمتي واستبري
رحمك لاطلقك وانت واحدة في قومك فاذا احتمل امرين لم يحمل على احدهما الا بالنية واما
قوله ولا يقع بها الا واحدة فصريح واذا نوى ثلثا لا يقع وقال الشافعي يقع الطلاق
بالنية اعتدي واستبري رحمك لنا انه لفظ يقع به الطلاق الرجعي ولا يقع به الثلاث
وان نواها كقوله انت واحدة فان قيل انه كناية لا ينبي عن العدد فجاز ان يقع بها الثلاث
كقوله انت باين قيل له هناك اللفظ صريح في البينونة والثلاث هي البينونة الكبرى فاذا
نوى ما يصلح له اللفظ وقع وفي مسئلتنا اللفظ لا يفيد البينونة ولا يقع مطلقة باتفاق
فلم يجز ان يحمله عليه بالنية كقوله انت طالق قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق
كانت واحدة باينة وقال الشافعي كلها طلاق رجعي لنا ان البينونة تفيد القطع ومنه قوله
صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت واذا اقتضى اللفظ القطع ووقع به الطلاق
وجب ان يقع مقتضاه كقوله انت طالق ثلاثا ولان الزوج ملك البينونة ومن اوقع ما يملكه وقع
كالثلاث فان قيل روي ان ركانة طلق امراته البتة فاستحلفه النبي صلى الله عليه وسلم
ما اردت الا واحدة وردها عليه قيل له المروي في الخبر انه لما حلف ما اردت الا
واحدة وردها عليه قال له النبي صلى الله عليه وسلم هو ما اردت وهذا لا دلالة فيه
ولانه لو صح انه ردها عليه احتمل ان يكون ردها عليه بنكاح جديد وهذا هو الظاهر
بدليل انه اضاف الرد الى النبي صلى الله عليه وسلم والرد الذي هو الرجعة يضاف
الى الزوج قال وان نوى ثلثا كان ثلثا لما ذكرناه من خبر ركانة ولان البينونة تارة
تكون بالواحدة وتارة تكون بالثلاث فاذا نوى احد ما يحتمله اللفظ وقع قال وان نوى

اثنتين

اثنتين يقع واحدة وقال زفر يقع ما نوى وبه قال مالك والشافعي لنا ان البينونة لا
تتضمن العدد الا ترى انه لا يصح ان ينطق بها بعدد فيقول انت باينتين واذا لم يتضمن
العدد لم يصح ان يقع بالنية ما لا يتضمنه الكلام وجه قول زفر ان كل لفظ جاز ان يقع به الثلا
جاز ان يقع ما دونه كالواحدة قلنا والثلاث انما يقع من حيث ان كل واحدة منهما بينونة واللفظ
لا يقتضي ذلك فلا يقع من حيث العدد ولو اوقعنا اثنتين لاوقعناها من حيث العدد وقد
بينا ان اللفظ لا يقتضي ذلك يبين صحة ما قلناه انه اذا قال لزوجته الامة انت باين
ينوي الثنتين وقع لما كانت البينونة الكبرى في حقها فكانت كالثلاث في حق الحرة وقد
قالوا لو طلق امراته الحرة واحدة ثم قال لها انت باين ينوي اثنتين لم يقع الا واحدة لان
الحرة لا تبين بالثنتين قط لولا ما تقدم من الطلاق فلم يكن وقوعه ببينونة فيها فلم يقع بالنية
قال وهذا مثل قوله انت باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية
وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وانت حرة وتقنعي واستتري واستبري
رحمك واعزبي وابتغي الازواج وهذه الالفاظ التي ذكرها كلها كنايات لانها تحتمل الطلاق
وغيره قال فان لم يكن له نية لم يقع بهذه الالفاظ طلاق الا ان يكونا في مذاكرة الطلاق
فيقع بها الطلاق في القضا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينوي وان لم يكونا في ذكر
الطلاق وكانا في غضب او خصومة وقع الطلاق بكل لفظ لا يقصد به السب والشتم ولم
يقع بما يقصد به السب والشتم الا ان ينويه اما اعتبار النية او دلالة الحال في وقوع الطلا
بالفاظ الكنايات فقد بيناه الا ان الحكم يختلف في دلالة الحال على ما نبينه وقد قسم اصحابنا
الكنايات ثلثة اقسام فالقسم الاول لا يدين فيه في القضا في مذاكرة الطلاق كانا او في حال
الغضب وذلك قوله امرك بيدك واختاري واعتدي لان هذه لا تصلح للسب ولا للابعاد
فالظاهر منها الطلاق ومن تكلم بكلام الظاهر منه الطلاق لم يصدق في صرفه عن ظاهره كما لو قال
انت طالق ثم قال نويت به طلاقا من وثاق فاما فيما بينه وبين الله تعالى فانه يدين بجواز ان يكون
كما قال والله تعالى اعلم بنيته والقسم الثاني لا يدين في القضا اذا كانا في مذاكرة الطلاق ويدين
اذا كانا في حال الغضب وذلك في كل لفظ يصلح للسب وهي خمسة الفاظ انت خلية وبرية وباين
وبتة وحرام لان هذه الالفاظ تصلح للسب الا ترى انه يقول انت خلية من الخير وبرية
من الاسلام وباينة من الدين وبتة من المروة وحرام من الاجتماع معك فاذا كانا في حال الغضب

فهو كان يصلح للسب ويصلح للطلاق فاذا احتمل الامرين لم تحمل علي احدهما الا بالنية فاما اذا كانا في
حال مذاكرة الطلاق مثل ان تقول طلقني فيجيبها ببعض هذه الالفاظ فهذا الحال لا يصلح الا للطلاق
فوجب حمل هذه الالفاظ علي الطلاق دون السب فلم يقبل قوله فاما فيما بينه وبين الله تعالي فيدين
لجواز ان يكون كما قال وقد روي عن ابي يوسف انه زاد في ذلك اربعة الفاظ اخر وهي لا سبيل
لي عليك وفارقتك وخليت سبيلك ولا ملك لي عليك قال لانها تحتمل السب الا تري انه يقول
لا سبيل لي عليك لشرك وفارقتك في المكان لكراهة اجتماعي معك وخليت سبيلك وما انت
عليه ولا ملك لي عليك لانك اقل من املكك والقسم الثالث يدين فيه في القضا في حال الغضب
وفي حال مذاكرة الطلاق وذلك مثل قوله اعزبي وتقنعي واستبري واخرجي واذهبي وقومي
وتزوجي ولا نكاح لي عليك وعلي قول ابي حنيفة ايضا لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك
وذلك لان هذه الالفاظ تذكر ويراد بها الابعاد وحال الغضب حال الابعاد لان الانسان
يبعد زوجته فيها وان لم يطلقها وكذلك حال ذكر الطلاق لانها لو قالت له طلقني فقال
لا سبيل لي عليك احتمل لا سبيل لي علي طلاقك ولا ملك لي علي طلاقك وهذا يذكر ويراد به الامتناع
من الطلاق واذا احتمل في هذين اللفظين الابعاد والطلاق رجع الي نيته فاما معرفة الكنايات
فكل لفظ كان له تعلق بالطلاق فهو كناية كقوله اذهبي لانه يحتمل اذهبي لاني قد طلقتك وكذلك
تزوجي هو كناية تقديره تزوجي لاني قد طلقتك ولو قال كلي ونوي به الطلاق لم يقع لان الاكل
لا تعلق له بالطلاق فعلي هذا المعني يجب ان يراعي معرفة الكنايات ولو قال لا حاجة لي فيك
ينوي به الطلاق لم يقع لان نفي الحاجة يجتمع مع الزوجية الا تري ان الانسان قد يتزوج من لا حاجة
له فيها واذا قال لها لا اتزوجك لم يقع به الطلاق وذلك لان الطلاق وهو حل العقد بعد وقوعه
وهذا نفي لاصل النكاح وهو كاذب فلا يقع به الطلاق قال واذا وصف الطلاق بضرب من
الزيادة والشدة كان باينا مثل ان يقول انت طالق باين وطالق اشد الطلاق وافحش الطلاق
وطلاق الشيطان والبدعة وكالجبل وملا البيت وذلك لانه وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والزيادة قد تكون بالبينونة وقد تكون بالعدد فوجب اثبات المتيقن منهما وهي البينونة وهذا
قول ابي حنيفة في جميع ذلك وقد خالفه ابو يوسف ومحمد في بعض ذلك فقال ابو يوسف اذا
قال مثل الجبل فهو رجعي وروي عنه انه قال ينظر في المشبه به فان كان يفيد الشدة
والعظمة مثل الجبل فهو باين وان كان لا يفيد ذلك مثل قوله مثل حبة الخردل لم تكن باينا

وجه

وجه قوله انه يحتمل انه اراد البينونة ويحتمل انه وصف الطلاق بانه يكثر عليه ويعظم فلا يحمل
علي البينونة بالشك وقال ابو يوسف ومحمد ايضا اذا قال انت طالق مثل هذا الكوز انه رجعي
وجه قول ابي حنيفة انه وصف الطلاق بضرب من الزيادة فصار كقوله انت طالق تطليقة طويلة
وجه قولهما انه لم يصف الطلاق بشي وانما خصها بمكان فصار كقوله انت طالق في الدار ولو قال
انت طالق تطليقة تملا الكوز كان باينا في قولهما لانه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم وليس ذلك الا
البينونة قال واذا اضاف الطلاق الي جملتها او الي ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق مثل ان يقول
انت طالق او رقبتك طالق او عنقك طالق او بدنك طالق او جسدك او فرجك او وجهك وذلك لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن الجملة الا تري انه يقال عند فلان كذا وكذا راس من الرقيق وفي الدار كذا كذا نفس
واذا كان ذكر هذه الاشيا كذكر الجملة صار كقوله انت طالق فيقع به الطلاق قال وكذلك ان طلق
جزوا شايعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك وذلك لان التحريم يقع في ذلك الجزء ثم يسري الي
الجميع كمن اعتق بعض جاريته قال ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر يقع
وبه قال الشافعي لنا ان الطلاق عقد لو اضافه الي جزء معين لم يصح فاذا اضاف رفعه الي جزء
معين لم يصح ايضا كالاقالة في البيع ووجه قول زفر انه اوقع الطلاق علي جزء منها متصل بها اتصال خلقه
فوجب ان يقع كما لو قال راسك طالق قلنا هذا يبطل بالدم والحمل اذا اشار بالطلاق اليه ولان الراس اذا
اشار اليه وهو يريد العضو ولا يريد الجملة لم يقع الطلاق ايضا وانما يقع اذا اراد بذكره الجملة
وهذا لا يوجد في اليد والرجل لانه لا يعبر به عن الجملة فاختلفا قال ولو طلقها نصف تطليقة او ثلث
تطليقة كانت طالقة واحدة وذلك لان الطلاق لا يتبعض وما لا يتبعض فذكر بعضه كذكر جميعه اصله
العفو من دم العمد فعلي هذا اذا قال لها انت طالق تطليقة ونصف تطلق ثنتين ولو قسم الطلاق في
نسايه فقال لامراتين له بينكما تطليقة وقع علي كل واحدة تطليقة كاملة ولو قال لاربع نسوة
له بينكن تطليقتين وقع علي كل واحدة منهن تطليقة لانا اذا قسمنا بينهن تطليقتين اصاب
كل واحدة نصف تطليقة ولا يجوز ان يقسم كل تطليقة علي حيالها لان قسمة ما لا يتفاوت احاده
انما يكون علي الجملة وانما تقسم الاحاد في الجنس الذي يتفاوت احاده وههنا احاد التطليقات
لا تتفاوت فيكون القسمة علي الجملة فان قال الزوج انما اردت قسمة كل تطليقة علي حيالها وقع
علي كل واحدة تطليقتين لانه شدد علي نفسه فوقع ما نوي قال وطلاق المكره والسكران واقع
اما المكره فلا خلاف فيه بين اصحابنا وقال الشافعي لا يقع طلاقه لنا ما روي عن صفوان ابن عمرو

الطاي ان رجلا كان مع امرأته فاخذت سكينا وجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت
لاذبحنك او لتطلقني ثلثا فناشدها بالله فابت عليه فطلقها ثلثا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال لا قيلولة في الطلاق ذكره محمد في الاصل ولان الاكراه معنى يدل على فقد الرضى مع صحة
القول فلا يمنع من وقوع الطلاق كالهازل وكما لو شرط الخيار قال قال النبي صلى الله عليه
وسلم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه قال ظاهره متروك بالاجماع
لانا نعلم ان فعل الناسي والخاطي والمكره موجود فعلم ان المرفوع غير الفعل فليس لهم ان يحملوه على رفع
الماثم فيقف على الدليل ولا يجوز حمله عليهما لان العموم لا يعتبر في المضمرات واما السكران
فقال اصحابنا يقع طلاقه وكان ابو الحسن يختار انه لا يقع وهو قول الطحاوي واحد قولي
الشافعي وجه قول اصحابنا ان السكران مكلف بدليل وجوب حد القذف عليه والقود بالقتل
وطلاق المكلف واقع الدليل عليه غير السكران وجه قول ابي الحسن ان زوال العقل بشرب
النبيذ كزواله بشرب البنج والدواء وقد اجمعوا انه لا يقع طلاق البنج كذلك السكران الجواب ان شرب
البنج في الغالب وفي العادة لا يقع على وجه المعصية وانما يقع على وجه التداوي ثم يفضي الى زوال
العقل فلم يعاقب بتبقيته التكليف واذا زال التكليف لم يقع طلاقه وليس كذلك شارب
النبيذ لانه يقع في الغالب على وجه المعصية فعوقب ببقاء التكليف في حقه فوقع فان قيل يجب
على هذا اذا شرب البنج على وجه المعصية ان يقع طلاقه قيل له الغالب انه لا يشرب على وجه
المعصية والحكم يتعلق بالغالب ويقع الطلاق قال ويقع الطلاق بالكنايات اذا قال نويت به
الطلاق يعني السكران وليس هذا مذهب اصحابنا ولعل صاحب الكتاب رحمه الله كان يقوى عنده
مذهب الشيخ ابي الحسن في انه لا يقع طلاقه فاذا قال نويت الطلاق صدق بالاجماع والله اعلم
وقد قال محمد فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله ولكنه صدع فزال عقله بالصداع ان طلاقه
لا يقع لان ذلك سبب هو لازم ولم يحصل لذلك اللاعب بالطلاق والهازل به وذلك لما ذكر الحسن
بن زياد في كتاب الطلاق قال وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته
لاعبا جاز ذلك عليه واحتج ابو يوسف في هذا فقال حدثنا محمد بن اسحق عن زيد بن عبد الله
عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه انها امور مقفلات الجد والهزل
فيهن سواء الطلاق والعتاق والنكاح وقال ابو يوسف عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن ابي
الدرداء انه قال من لعب بطلاق او عتاق لزمه وان هذه الاية نزلت في ذلك ولا تتخذوا ايات

الله هزوا قال وكذلك يريد غير الطلاق فيسبقه لسانه بالطلاق كرجل اراد ان يقول لزوجته
اسقيني ماء فسبقه لسانه فقال انت طالق وقع الطلاق وذلك ان القصد اذا لم يعتبر فيه فسبق
اللسان فيه ليس من اكثر عدم القصد فيقع وكذلك العتاق قال ويقع طلاق الاخرس بالاشارة وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقع وجه القياس ان الاشارة غير محققة ولا معلومة فصار كالكلام
الذي لا يفهم وجه الاستحسان ان اشارته اذا صارت معلومة معروفة فهي تدل على معنى معلوم
فصارت بمنزلة الكتابة فيقع بها الطلاق وهو احد قولي الشافعي وقال في قول اخر لا يقع لنا ان
الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم قامت كتبه الى الافاق مقام دعاه
بنفسه عليه السلام الى الاسلام ولان الكتابة حروف منظومة تدل على معنى مفهوم فيقع به الطلاق
كالكلام فان قيل الكتابة بصريح الكلام لا يقع به شي بغير نية فلو وقع بها طلاق لم يفتقر الى نية كالكلام
قيل له لا نسلم لانه اذا كتب على وجه لا احتمال فيه وقع الطلاق عندنا بغير نية مثل ان يكتب
اما بعد يا فلان اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فاما ان يكتب على غير وجه المخاطبة وكتب
فلانة طالق لم يقع حتى ينوي لانه يحتمل ان يكون اوقع به الطلاق ويحتمل ان يكون قصد
بالكتابة تجويد خطه فلا تحمل على الطلاق الا بالنية كالفاظ الكنايات واما الكلام الصريح فانما
لا يحتاج الى النية لانه لا احتمال فيه لعرف الاستعمال ولا عرف في الكتابة ولهذا قلنا
اذا كانت الكتابة على وجه المخاطبة لا يحتاج الى نية لان لفظها ظاهر فهي كالكلام ولو قال
ما اردت الطلاق لم يصدق كما لا يصدق في الكلام وقد قال اصحابنا انه اذا كتب كتابة
لا تستبين فلا يقع به شي او كتب في الهوى فانه لا يقع الطلاق لان ذلك بمنزلة الكلام الذي
لا يستبين فلا يقع به شي وقالوا لو كتب اما بعد اذا وصل اليك كتابي هذا فانت طالق فانها
لا تطلق حتى يصل اليها كتابه لانه علق الطلاق بشرط فلا يقع قبل وجوده قال واذا اضاف
الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة
اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي لا يصح لنا ان
الطلاق يصح تعليقه بالشروط فصح ان يضاف الى الملك كالنذر ولانه اضاف الطلاق الى وقت
يملك ايقاع الطلاق فيه في الظاهر وهو بمنزله من له قول صحيح فوجب ان ينعقد طلاقه
كما لو قال لزوجته انت طالق راس الشهر فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا طلاق قبل نكاح قيل له ذكر ابن المديني وابن ابي شيبة انه لا اصل له ولو ثبت للخبر لم

يكن فيه دليل لانه يقتضي نفي وقوع الطلاق قبل النكاح ولم يطلق قبله وكذلك نقول وانما
عندنا قد عقد على الطلاق قبل النكاح ولم يطلق قبله وانما طلق بعده والخبر لا ينفي ذلك
يبين صحة ما قلناه ما روي ان الزهري ومكحولا تاولا الخبر على رجل اراد ان يتزوج
امراة فقال انت طالق ثم تزوجها وهذا صحيح لان الطلاق هو الايقاع فاما المعلق
بالشرط فلا يثبت له حقيقة الاسم فلا ينصرف الكلام اليه الا بدليل قال واذا اضافه
الى الشروط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وذلك
لانه اذا علق الطلاق بالشرط فهو بمنزلة المتكلم بالجواب عند وجود الشرط من طريق
الحكم الدليل عليه ان ما تكلم به يثبت حكمه عقيب الشرط بالقول المتقدم فوجب
اعتباره في ذلك الوقت فان قيل لو قال الصحيح لامراته ان دخلت الدار فانت طالق
ثم جن فدخلت الدار وقع طلاقه وان كان لو ابتدا الطلاق في هذه الحالة لم يقع قيل له انما
جعلناه كالمتكلم في ذلك الحال من طريق الحكم والمجنون يقع طلاقه بدليل عتق ذوي
ارحامه بملكهم ووقوع الفرقة بينه وبين امراته اذا كان عنينا فاجله القاضي
فمضت المدة وهو مجنون فانه يفرق بينهما وهو طلاق من طريق الحكم قال ولا يصح اضافه
الطلاق الا اذا كان الحالف مالكا للطلاق او تضيفه الى ملك وان قال لاجنبية ان
دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق وقال ابن ابي ليلى يقع وليس
بصحيح لانه طلاق لم يوقعه في ملك ولا اضافه الى ملك فلا يقع به شي كما لو قال لاجنبية
انت طالق فان قيل المعلق بالشرط كالموقع عقيبه فكانه قال حين دخلت الدار انت طالق
قيل له هو كذلك اذا صح التعليق وخلافنا في ذلك قال والفاظ الشرط ان واذا واذا
ما ومتى ومتى ما وكل وكلما والدليل على انها شروط ان الافعال تليها والشرط انما يكون
شرطا للفعل وهو ماخوذ من العلامة فكانه جعل الشرط علامة لتعلق الحنث بالفعل وقد
قال اهل اللغة ان اصل الشرط هو ان وما سواها داخل عليها الا ترى ان حرف
ان ليس فيه معنى الوقت فهو شرط محض وما سواها فيه معنى الوقت فهو ملحق بها
والشروط تتعلق بالافعال المستقبلة لان الشرط ما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد
وهذا لا يكون في الماضي وانما يكون في المستقبل فلذلك اختصت الشروط بالافعال
المستقبلة والشروط ايضا تختص بالافعال دون الاسما الا ترى ان الافعال هي

التي يجوز ان يعقد عليها دون الاسما فتعلق الجزا بوجودها او بنفيها والاسم لا يصح ان يتعلق الجزا
به فلم يكن متعلقا بالشروط وكذلك قالوا ان كلا ليست بشرط في الحقيقة لان الاسم يليها
ولا يليها الفعل الا انها في معنى الشرط فيما عاد ذكره من الافعال على الاسما التي وقعت
عليها كل فيكون ذلك الفعل بمعنى الشرط مثل ان يقول كل عبد اشتريته فهو حر فيكون ذلك
بمعنى الصفة فكانه اعتوض ربما من حلف عليه وليست بشرط صحيح لان الافعال التي يكون
الجزا مستحقا بها لا يليها الا ترى ان الفعل يليها تقول كل دخلت الدار فانت طالق كما تقول
ان دخلت الدار فانت طالق فاما بقية الالفاظ فهي شروط في الحقيقة الا ترى ان الفعل
يليها تقول ان دخلت الدار فانت حر وانت حر ان دخلت الدار فيليها الفعل تقدم الجزا
او تاخر قال وهذه الشروط كلها اذا وجد الشرط انحلت اليمين ووقع الطلاق الا
في كلما فان الطلاق يتكرر بتكرار الشرط حتى يقع ثلث تطليقات فان تزوجها بعد ذلك وتكرر
الشرط لم يقع شي والاصل في هذا ان كلما يفيد التكرار الدليل عليه قوله تعالى كلما اوقدوا
نارا للحرب اطفاها الله وقوله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها وقد فهم
منه التكرار ولان كلما فيها معنى الجمع فتجمع الافعال كلها ويصير كل فعل معقودا عليه
فيتعلق الحنث بالثاني كما تعلق بالاول وما سوى كلما من الشروط لا يفيد الجمع وانما تنعقد على
جنس الفعل فاعتبر فيها جنس الفعل واما كل فقد بينا انها ليست بشرط محض ولان الاسم
يليها فتجمع الاسما ولا تكرر الافعال فتكرر الحنث فيها بتكرر الاسم الذي دخلت
عليه كما يتكرر الحنث في كلما بتكرار الفعل الذي دخلت عليه فاذا ثبت هذا قلنا اذا وجد
الشرط حنث لانه عقد على جنس الفعل دون عدده فاذا وجد تعلق به الجزا وليس في لفظه
ما يفيد التكرار فانحلت اليمين فاذا عاد الفعل ثانيا فقد وجد ولا يمين عليه فلم يتعلق به
حنث فاما كلما فانها تفيد التكرار فيصير كل فعل معقود عليه فيتكرر الحنث بتكرار الشرط
حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليها قال فان تزوجها بعد زوج اخر ثم وجد
الشرط لم يحنث لان ذلك الطلاق لم يكن في ملكه يوم حلف فلم يتعلق به اليمين ولا اضاف
يمينه اليه ولا هو تابع لما كان في ملكه حين حلف فلم يتعلق به قال وزوال الملك بعد
اليمين لا يبطلها وذلك لان اليمين يصح مع عدم الملك ابتدا فلان يصح حال البقا اولى
قال فان وجد الشرط في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق وان وجدت في غير ملك

انحلت اليمين ولم يقع شي وهذا الذي ذكره مثل ان يقول لزوجته ان دخلت الدار فانت
طالق فدخلت الدار مع بقا الزوجية وقع الطلاق وانحلت اليمين لوجود الشرط في الملك
ولو ان الزوج طلقها قبل وجود الشرط وانقضت عدتها ثم دخلت الدار فانه لا يقع عليها
شي وتنحل اليمين وذلك لان اليمين متعلقة بالشرط وقد وجد فانحلت اليمين يبين
ذلك ان الحنث لا يختص بالملك الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق ان دخل هذا العبد
الدار ثم باع العبد فدخل الدار وقع الطلاق واذا لم يختص الحنث بالملك انحلت اليمين لوجود
الشرط وان لم يكن في ملكه فاما وقوع الطلاق فلا يكون الا في ملك ولم يوجد فلم يقع
واذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج فيه الا ان تقيم المراة البينة وذلك
لان الاصل عدم الشرط والظاهر انه لم يوجد وهو يتمسك بالظاهر فكان القول قوله كالمدعى
عليه المال اذا انكر فاذا اقامت المراة بينة على ذلك قبلت لانها اثبتت بالبينة امرا
حادثا فهو كاقامة المدعي البينة على المال قال فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها كان
القول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق فقالت قد حضت طلقت
وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل قولها ووجه القياس ان وجود الحيض شرط
في وقوع الطلاق فلا يقبل قولها فيه كما لو كان الشرط دخول الدار فادعته ووجه الاستحسان
ان هذا معنى لا يعلم الا من جهتها فكان القول قولها فيه اصله قضا العدة والمنع من الوطي
اذا قالت انا حايض قال واذا قال اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت
ولم تطلق فلانة وذلك لما بينا ان القياس ان لا يقبل قولها ايضا في حق نفسها وانما استحسنا
ذلك لان قولها مقبول في حق نفسها فيما لا يعلم الا من جهتها اصله قضا العدة واما قبوله
في حق الغير فباق على اصل القياس وغير ممتنع ان يقبل قول الانسان في حق وان لم يقبل في
غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبه بقية الورثة قال واذا قال لها
اذا حضت فانت طالق فرات الدم لم تطلق حتى يستمر الدم ثلاثة ايام فاذا تمت ثلثة ايام
حكمنا بالطلاق من حين حاضت وذلك لان ما تراه من الدم لا يعلم انه حيض لجواز ان
ينقطع قبل تمام ثلثة ايام فاذا استمر ثلثة ايام علمنا انه حيض فحكمنا بوقوع الطلاق من
حين رات الدم قال وان قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر
من حيضها وذلك لان شرط الوقوع وجود حيضة كاملة ولا يتحقق ذلك الا بعد ان تطهر

من

من حيضها وليس كذلك في المسلة الاولى لانه جعل الشرط وجود الحيض وذلك يكون باول
ما ترى الدم الا انا شرطنا استمراره ثلثة ايام ليعلم انه دم حيض فاذا استمر تبينا انه دم حيض
فوقع الطلاق عليها حين رات الدم قال وطلاق الامة تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وجملة
ذلك ان عند اصحابنا ان الطلاق معتبر بالنساء وكذلك العدة وقال الشافعي يعتبر
الطلاق بالرجال والعدة بالنسا فيملك الحر عنده من زوجته الامة ثلث تطليقات لنا ما
روي ابن عمر وعايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان
ولانه معنى يوثر في زوال الملك يختلف بالرق والحرية فاثر فيه رق المراة اصله العدة
فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنسا قيل له
هذا الخبر لا يعرف في كتاب ولم يذكره الا القتبي في رسالته وقد ذكر فيها اخبارا انكرها اصحاب
الحديث ولو ثبت بعد ثبوته احتمل الطلاق بالرجال اي وقوع الطلاق بفعل الرجال لا بفعل
النسا كما كانت الجاهلية تصنع اذا كرهت المراة الرجل غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها
وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال السنة بالنسا في الطلاق والعدة قال واذا طلق
الرجل امراته قبل الدخول ثلثا وقعت عليها وقال الحسن البصري تبين بقوله انت طالق
ويلغوا قوله ثلثا لنا ان الكلام موقوف على اخره لجواز ان يعلقه بشرط او يدخل عليه استثناء
واذا وقف على اخره صار جملة واحدة فلا يقع بعضه دون بعض ووجه قول الحسن ان قوله انت
طالق يقع بها البينونة لانه يسبق في اللفظ فيسبق في الوقوع فلا يقع ما بعده كما لو قال انت طالق
طالق وهذا الذي ذكره لا يصح لان قوله انت طالق ثلثا كلمة واحدة الا ترى انه لا يفيد ان يتكلم بها
الا على هذا الوجه والكلمة الواحدة لا تتبعض في الايقاع قال فان فرق الطلاق عليها بانت
بالاولى ولم تقع الثانية وهذا الذي ذكره صحيح اذا لم يعلقه بشرط لان الاول منه يسبق في
الوقوع فتبين به لان التي لم يدخل بها لا عدة عليها فيصادفها الطلاق الثاني وهي اجنبية فلا
يقع قال وان قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقع عليها واحدة وذلك لما بينا ان الاولى
تسبق في الوقوع فتبين بها فيصادفها الطلاق الثانية وهي اجنبية فلا يقع قال وان قال
لها انت طالق واحدة قبل واحدة وقعت واحدة وان قال واحدة قبلها واحدة وقعت ثنتين
وهذا الذي ذكره مبني على اصلين احدهما انه متى كان الملفوظ به اولا موقعا اولا وقعت واحدة
وان كان الملفوظ به اولا موقعا اخيرا وقعت اثنتين وانما كان كذلك لان الملفوظ به اولا اذا

كان موقعا اولا يسبق في الرجوع فتبين به ووجد الثاني وهي اجنبية فلا يقع واذا كان الملفوظ
به اولا موقعا اخيرا لم يسبق في الوقوع فوقع الكلام ان معًا والاصل الثاني ان الانسان لا
يملك ايقاع الطلاق في زمان ماض لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة وما مضى من الاستباحة
لا يمكن رفعها واذا ثبت هذا قلنا اذا اوقع الطلاق في زمان متقدم اعتبر الحال فان كانت
المراة في حال يجوز ان يوصف بالطلاق الذي اوقعه عليها في الوقت المتقدم وقع عليها
في الحال وهذا لمن قال لامراته وقد تزوجها اول امس انت طالق امس فان الطلاق يقع
عليها في الحال لانها في الحال ممن يصح ان توصف بذلك الطلاق فيقع ويبطل الاضافة
الى ما تقدم واما ان كانت في الحال لا توصف بما اوقعه عليها في ذلك الوقت بطل الكلام
وهذا لمن قال لامراته انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع عليها شيء لان اضافة
الطلاق الى ما مضى لا يصح وهي في الحال لا توصف بطلاق اوقعه امس فلغا الكلام ولم
يقع واذا ثبت هذا قلنا اذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة وقعت واحدة لان الملفوظ
به اولا هو الموقع اولا واذا قال قبلها واحدة وقعت اثنتين لان الملفوظ به اولا موقعا اخيرا
فاقتضى اللفظ وقوع تطليقة في الحال ووقوع اخرى قبلها وهو لا يملك ايقاع طلاق متقدم
فيقعان معًا **قال** وان قال واحدة بعدها واحدة فهي واحدة وذلك لان الملفوظ به
اولا موقع اولا فتسبق في الوقوع وصادفتها الثانية وهي اجنبية **قال** وان قال
واحدة بعد واحدة وقعت اثنتين لان الملفوظ به اولا موقع اخيرا **قال** وان قال واحدة
مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتين وذلك لان مع حرف مقارنة فتقتضي وقوع
الطلاق معًا وقد روي عن ابي يوسف في قوله معها واحدة انه يقع واحدة قال لان الكلام
تقتضي تقدم تطليقة على تطليقة فتسبق احداهما فتقع ولا تقع الثانية **قال** واذا قال
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يقع جميع ذلك وجه قول ابي حنيفة ان الطلاق المعلق بالشرط
كالمذكور عند وجود الشرط فكانه قال لها بعد دخول الدار انت طالق واحدة وواحدة
فتقع الاولى فتصادفها الثانية وهي اجنبية فلا تقع ولا تشبه هذا اذا اخر الشرط فقال
انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار لان جميع التطليقات وقف على الشرط وتعلق
به كل تطليقة كتعلق الاخرى فاذا وجد الشرط وقعنا معًا وكانه كرر لفظ الشرط عند

كل

كل تطليقة وجه قولهما ان الواو للجميع فكانه قال ان دخلت الدار فانت طالق اثنتين هذا
اذا كانت المراة غير مدخول بها فان كانت قد دخل بها وقع عليها جميع ذلك في قولهم قدم الشرط
او اخره وهذا ظاهر على قول ابي يوسف ومحمد فاما على قول ابي حنيفة فلا شبهة فيه ايضا
اذا اخر الشرط فاما اذا قدم الشرط فقال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت
وقعت عليها الاولى وتصادفها الثانية وهي في العدة فتقع عليها لان المعتدة يقع عليها الطلاق
واما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق تعلق الطلاق الاول بالدخول خاصة فان
كانت مدخولا بها وقع عليها الثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة او بعد
ما راجعها وقعت الاولى ايضا وان كانت غير مدخول بها وقعت عليها الثانية حين تكلم بها
ولم تقع الثالثة لانه تكلم بها وهي باين واما الاولى فان دخلت الدار بعد ان تزوجها ولم تكن
دخلت قبل ذلك حنث وبانت بها هذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد ان كان قد دخل بها وقع عليها ثلاث تطليقات وان لم يكن دخل بها وقعت عليها واحدة
وجه قول ابي حنيفة ان ثم للتراخي فاذا قال ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت يمينه
فاذا قال ثم طالق تراخي الكلام عن الاول فكانه سكت ثم قال ذلك فلا يتعلق بالشرط ووقع
في الحال والمعلق بالشرط كالمذكور عند وجوده وجه قولهما ان ثم حرف عطف فهو كالواو
فيتعلق الجميع بالشرط والمعلق بالشرط كالمذكور عند وجوده **قال** واذا قال لها انت
طالق بمكة فهي طالق في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار وذلك لانه لم يعلق طلاقها
بشرط وانما خص طلاقها بمكان والطلاق لا يختص بمكان دون مكان والمطلقة في مكان مطلقة
في كل مكان واذا لم يختص بالمكان الذي ذكره وقع في الحال وقد قالوا لو قال اردت اذا
اتيت مكة لم يصدق عليه في القضا لانه يدعي عليه الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه نوى ما يحتمله كلامه **قال** ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل
وذلك لانه علق طلاقها بشرط وهو الدخول فلا يقع قبل وجود الشرط **قال** واذا قال
انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر وذلك لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد ولا
يكون كذلك الا ان يقع الطلاق في اول جزء من الغد ولو قال انت طالق في غد ونوى
اخر النهار صدق في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد لا يصدق وجه
قول ابي حنيفة وزفر انه جعل الغد ظرفا لوقوع الطلاق وجميعه لا يكون ظرفا وانما الظرف

يطلقها

جزو منه فكانه قال انت طالق في جزو من الغد فيصدق فيه ولا يشبه هذا اذا قال انت طالق غداً لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فلم يصدق في صرفه عن جزو منه وفي مسئلتنا اوقع الطلاق في جزو منه فيصدق فيما يدعي انه اراده من اجزا الغد وجه قولهما انه لو اطلق الكلام وقع الطلاق باول جزو منه فذلك انه هو الظاهر فلا يصدق في صرفه الي غيره **قال** واذا قال لزوجته اختاري ينوي به الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك والاصل في هذا ان الزوج يملك ايقاع الطلاق فملك ان يفوضه الي غيره كالبيع ولان القياس عندهم ان لا يقع الطلاق بقوله اختاري لان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يجوز ان يفوض اليها به وانما تركوا القياس لما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم خير نساوه فلو كان التخيير لا يقع به الفرقة لم يكن له معني ولان الصحابة اجمعت ان المخيرة اذا اختارت في مجلسها وقع الطلاق وشبهوا اختيارها بالخيار الطاري علي النكاح وهو خيار المعتقة وامراة العنين واذا قال لها اختاري او امرك بيدك لا يقع به شي الا ان ينوي الزوج به الطلاق لانه لفظ محتمل واللفظ المحتمل لا يقع به الطلاق الا بالنية واما قوله طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها والاصل فيه ما روي عن علي وعمر وعثمان وابن مسعود وجابر وعبد الله بن عمر وعايشة رضي الله عنهم انهم قالوا هو علي المجلس ولانه ملكها الطلاق والتمليك يقف علي المجلس اصله خيار القبول في البيع هذا كله اذا علمت في المجلس فان كانت غايبة فلم تعلم ما جعل اليها فهو علي مجلس ان اطلق ذلك فهو علي المجلس الذي تعلم فيه وذلك لانه لم يخص التفويض بوقت دون وقت فاذا علمت فكانه فوض اليها في ذلك الوقت فيقف علي المجلس واما اذا كان جعل الامر اليها موقتا بوقت فان بلغها مع بقا شي من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت وان مضي الوقت قبل ان تعلم بطل ما جعل اليها بمضي الوقت وقد قالوا ليس للزوج ان يرجع عن ذلك ولا يصح فسخه وقال الشافعي رحمه الله له ان يرجع اما انه خيار طار علي النكاح فلا يملك الزوج ابطاله اصله خيار المعتقة ولانه علق الطلاق بفعلها فلم يملك ابطاله كما لو علقه بدخول الدار فان قيل له فوض اليها الطلاق فملك ابطاله كما لو فوضه الي اجنبي قيل له ان فوضها الي اجنبي علي وجه التمليك لم يصح الرجوع عنه كما لو ملك المراة وان فوضه الي اجنبي علي طريق التوكيل جاز ان يرجع عنه وذلك لا يتصور في حق المراة لانها لا تكون وكيلة في حقوقها وانما تكون مملكة **قال** فان قامت من مجلسها او اخذت في عمل اخر خرج الامر

من يدها

من يدها وذلك لان القيام اعراض عما جعل اليها فصار كردها **قال** واذا اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة باينة وذلك لانه خيار طار علي النكاح فوقع به البينونة كخيار المعتقة **قال** ولا يكون ثلثا وان نوي الزوج ذلك لانه خيار طار علي النكاح فلا يتضمن العدد كخيار المعتقة ولان القياس ان لا يقع بلفظ التخيير شي وانما تركنا القياس للاجماع علي وقوع الواحدة فما سواه علي اصل القياس **قال** ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها وذلك لانه اذا قال اختاري فقالت اخترت فليس للتخيير ولا للاختيار تخصيص بها فلا يقع به الطلاق فاما اذا كانت النفس مذكورة فقال اختاري نفسك او قالت هي اخترت نفسي فقد تخصص الاختيار بها فوقع بها الطلاق **قال** وان طلقت نفسها في قوله طلقي نفسك فهي واحدة رجعية وذلك لانه طلاق موقع بلفظ الصريح فلا يوجب البينونة بنفسه كما لو قال انت طالق **قال** فان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وذلك لانه فوض اليها الطلاق تفويضا عاما فتناول الواحدة والثلاث فاذا اراد الزوج الثلاث وقعن لان الامر وان لم يتضمن العدد باطلاقه فانه يحتمله واما قوله امرك بيدك فانه يقع به واحدة باينة لانه لفظ كناية وان نوي الثلاث فا وقعت ذلك وقع لانه تفويض عام **قال** وان قال لها طلقي نفسك متي شيت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وذلك لان متي يفيد الوقت فكانه قال لها طلقي نفسك اي وقت شيت فلا تختص بزمان دون زمان الا انه ليس لها ان تطلق الا مرة واحدة لان ذلك لا يفيد التكرار فاذا اوقعت ما جعل اليها لم يكن لها بعد ذلك شي **قال** واذا قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وذلك لان هذا توكيل والتوكيل لا يختص بالمجلس **قال** وان قال طلقها ان شيت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وذلك لانه لما علقه بمشيته كان تمليكا منه له بطلاقها الا تري ان الوكالة لا تقف علي المشية والتمليك يقف علي المجلس اصله التمليك في البيع **قال** واذا قال لها ان كنت تحبيني او تبغضيني فانت طالق فقالت انا احبك او ابغضك وقع الطلاق وان كان في قلبها خلاف ما اظهرت وهذا استحسان والقياس ان لا يقع وجه القياس انه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع كما لو قال ان شا الله وجه الاستحسان ان المحبة لما لم تعلم الا من جهتها صار كانه قال ان قلت اني احبك فانت طالق واذا قالت ذلك وقع الطلاق وكذلك ايضا لو قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله بالنار وتكرهين الجنة فانت طالق فقالت اني احب العذاب او اكره الجنة

وقع الطلاق لان المحبة لما لم تعلم الا بقولها صار الشرط ما تظهره دون ما في قلبها وعلى هذا اذا قال
ان كنت تحبيني فهلكك فانت طالق فقالت انا احبك وفي قلبها غير ذلك وقع لما بيناه وقد قال
محمد لا يقع لانه جعل الشرط ما في قلبها خلاف ما اظهرت وكذلك قولها احب النار نعلم
انها كاذبة في قولها فلم يوجد الشرط فلم يقع ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت قد شئت
وقع الطلاق ولو قال طلقي نفسك ان شئت فقالت قد شئت لم يقع الطلاق وذلك لانه جعل
اليها ان توقع الطلاق على نفسها فلم توقع وفي الفصل الاول علق طلاقها بمشيئتها وقد وجد الشرط
فوقع الطلاق قال واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا في مرضه فمات وهي في العدة ورثته وقال
الشافعي في احد قوليه لا ترث لنا اجماع الصحابة روى ابرهيم عن شريح قال كان فيما جا به عروة
البارقي من عند عمر في الذي يطلق امراته ثلثا وهو مريض ترثه ما دامت في العدة وروى الشعبي
ان ام البنين ابنة عيينة بن حصين كانت تحت عثمان بن عفان فلما حصر طلقها فلما قتل اتت عليا رضي
الله عنه فذكرت ذلك له فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت طلقها فورثها وروي ان عايشة قالت
اذا طلق الرجل امراته في مرضه فانقضت العدة فلا ميراث بينهما وعن ابي بن كعب قال اذا طلق وهو
مريض نورثها منه وعن ابن عباس وعروة بن الزبير مثله وروي ان عبد الرحمن بن عوف طلق
امراته تماضر بنت اصبغ الكلبي فدخل عليه عثمان يعوده فاستشهد على طلاقها فقال له عثمان اما انك ان
مت من مرضك هذا ورثتها منك قال اما اني لم اطلقها فرارا من كتاب الله تعالى فقال هو ما
نقوله فمات في مرضه ذلك فورثها عثمان فاصابها ربع الثمن ثمانون الفا وروي انه قال
ما اتهمه ولكن اريد ان يكون سنة وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير فان قيل عبد الله بن الزبير
يخالف لانه قال ورث عثمان تماضر ولو كنت انا ما ورثتها وروي عنه اما انا فلا اورث
المبتوتة قيل له ابن الزبير قال هذا القول في وقت امارته وقد سبق الاجماع ذلك فلا
يعتد بقوله ولانها كانت قد سالت الطلاق فاعتقد ان مسالتها للطلاق تسقط ارثها ولذلك
نقول واذا ورثها عثمان مع مسالتها فاذا لم تسال اولى ولانه حق مالي يجوز ان تستحقه
المطلقة الرجعية فجاز ان تستحقه البائن اصله السكنى قال وان مات بعد انقضاء عدتها فلا
ميراث لها وقال مالك ترث ما لم تتزوج وهو احد قولي الشافعي وهذا ليس بصحيح لان
النكاح قد زال وزالت احكامه بدليل انها تحل للازواج والتوارث انما يثبت بحكم النكاح
وقد عدم ذلك فصارت كسائر الاجانب واما اذا انقضت العدة وتزوجت فانها لا ترث

دفار

وقال ابن ابي ليلى ترث وهو احد قولي الشافعي وليس بصحيح لانه قد وجد من جهتها ما يدل على الاعراض
عن الزوج فوجب ان لا يرث منه كما لو سالته الطلاق فطلقها فان قيل حقها ثابت ولم يوجد من
جهتها الا فعل مباح فلا يسقط حقها قيل له هذا يبطل بما لو سالت الطلاق فانها لا ترث مع وجود
ما ذكرت قال واذا قال لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وذلك لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله فلا حنث عليه
وروي انه عليه السلام قال من استثنى فله ثنياه واما اذا قطع الاستثناء عن الكلام فانه لا يوثر
ووجوده كعدمه وعن ابن عباس انه يوثر لنا ان ما يقف الكلام عليه اذا وجد السكوت بينهما
منع ان يقف عليه الدليل والشرط فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لاغزون
قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قيل له هذا لا دلالة فيه لانه عليه السلام لم يقصد الى
الاستثناء وانما قصد استدراك المامور وهو قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا
الا ان يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت قال وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت
اثنتين فان قال الا اثنتين طلقت واحدة وذلك لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقين
قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وقد فهم من ذلك تسعمائة وخمسين واذا
ثبت هذا قلنا اذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة فكانه قال انت طالق ثنتين واذا قال
الا اثنتين فكانه قال انت طالق واحدة فيقع ذلك قال واذا ملك الزوج امراته او شقصا
منها او ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة بينهما وذلك لما بينا ان النكاح والملك
يتنافيان ومتى نافى النكاح اذا طرى عليه افسده اصله الردة

كتاب الرجعة

قال رحمه الله اذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت
بذلك او لم ترض والاصل في ثبوت الرجعة قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان وروي
ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة وراجعها وانما قلنا ان الرجعة لا تصح الا مع بقاء العدة
لما روي عن ابي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابي الدرداء وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم انهم
قالوا في الرجل يطلق امراته تطليقة او تطليقتين انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة
يرثها وترثه ما دامت في العدة ولان العدة اذا انقضت زال ملك الزوج عن البضع ولم يبق له حق
فصارت اجنبية فلا تصح الرجعة كسائر الاجنبيات وانما لا يعتبر رضا المراة في الرجعة لان الرجعة
وضعت لاستدراك الزوج حقه من النكاح فلا يقف على رضا المراة كالفي في الايلاء وكاسقاط

الخيار في البيع **قال** والرجعة ان يقول راجعتك اوراجعت امراتي او يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة اما قوله راجعتك وراجعت امراتي فهو صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الامة واما الرجعة بالفعل فقال اصحابنا يصح وقال الشافعي لا يصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لنا قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف فاثبت الرجعة بالامساك وحقيقة ذلك بالفعل دون القول مظاهرا لامراته اذا لمسها بشهوة فقد فعل المامور من الرجعة ولان الزوج قد ثبت له بالطلاق استدراك حق في مدة فجاز ان يستدركه بالفعل اصله الخيار في البيع فان قيل انه فعل من قادر على القول فلا يقع به الرجعة اصله اذا قبلها بغير شهوة قيل له المقبلة بغير شهوة فلما لم تختص بالنكاح لم يستدل به على تبقية النكاح وليس كذلك الوطء والقبلة بشهوة لان استباحته في الحرة تختص بالنكاح فجاز ان يستدل به على قصد تبقية النكاح فوقعت به الرجعة وعلى هذا النظر الى الفرج بغير شهوة لا يقع به الرجعة لانه لا يختص بالنكاح الا ترى ان الطبيب والقابلة لهما النظر اليه بغير شهوة وقد قال ابو حنيفة ومحمد ان المراة اذا لمست زوجها بشهوة وهو لا يعلم بذلك فليس برجعة وجه قولهما ان لمسها له لم يتعلق به من الحكم ما يتعلق بلمسه فلها تجري احدهما مجرى الاخر وجه قول ابي يوسف ان الرجعة لا تجوز ان تثبت بغير اختيار الزوج فاذا لم يعلم بمسها فلم يوجد منه الاختيار وليس كذلك اذا لمسته فتركها ولم يمنعها وهو يقدر على منعها لانها لما بقيت على اللمس باختياره فصار كانه لمسها **قال** ويستحب له ان يشهد على الرجعة شاهدين وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولانه لا يامن ان تنقضي العدة فلا تصدقه في الرجعة فكان الاحتياط ان يشهد على الرجعة **قال** فان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح والاشهاد شرط لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم امر ابن عمر بالرجعة ولم يامره بالاشهاد وعن ابن مسعود فيمن طلق امراته ثم وقع عليها كانت رجعة ولا يعلم له مخالف ولانه حق للزوج ينفرد به فلا يفتقر الى الاشهاد كالطلاق فان قيل قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فامر بالاشهاد والامر على الوجوب قيل له الواو لا تقتضي المقارنة وظاهر الاية يقتضي جواز الاشهاد بعد الرجعة وكل من قال بذلك قال الاشهاد مستحب **قال** واذا انقضت العدة فقال الزوج قد كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها وذلك لانه اخبر بالرجعة في حال لا يملكها فلم يقبل قوله

الا ان تصدقه كالوكيل اذا قال بعد العزل قد كنت بعت فانه لا يقبل قوله ويكون القول قول الموكل كذلك في مسئلتنا ولا يشبه هذا اذا قال في حال العدة قد كنت راجعتها امس فكذبته ان القول قوله وذلك لانه اخبر عما يملكه في الحال فاذا لم تصدقه فيما تقدمه صار كانه راجع في الحال **قال** ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وقد بينا ذلك فيما تقدم ولانه لا يصح بذله لا يستحلف فيه عند ابي حنيفة والرجعة لا يصح بذلها وعندهما يستحلف **قال** واذا قال الزوج راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة ومحمد تصح والقول قول الزوج وجه قول ابي حنيفة ان المراة في العادة لا تخبر بانقضاء العدة مع انقطاع الدم لجواز ان يعاودها فاذا اخبرت بذلك مجيبة له فالظاهر ان الانقطاع تقدم على قوله فصار كانها قالت انقضت عدتي فقال قد راجعتك وجه قولهما ان الزوج لا يقف على قولها فلما قال قد راجعتك صحت الرجعة فقولها انقضت عدتي ولا عدة فلا يلتفت اليها وصار كانها سكتت ساعة ثم قالت ذلك واذا ثبت هذا قلنا القول قولها عند ابي حنيفة مع يمينها وذلك لانها بنكولها تبذل الامتناع من الانتقال من منزل الزوج وهذا المعنى لا يصح بذله فان قيل اذا نكلت صحت الرجعة والرجعة لا يصح بذلها قيل له الرجعة لا تثبت بنكولها وانما تثبت بنكولها العدة ويملك الزوج الرجعة من طريق الحكم لا ببذلها وهذا كما نقول ان النسب يثبت بالفراش عند شهادة امراة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتها **قال** واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المولى وجه قول ابي حنيفة وزفر ان انقضاء العدة يوجب تحريمها في الظاهر فاذا قال المولى قد راجعتها فانه يبيح وطيها المحرم في الظاهر وهذا معنى لا يملكه المولى من امته فلم يقبل قوله فيه وجه قولهما ان المولى هو المالك المتصرف في بضعها فكان المرجع الى قوله في تصديق الزوج اصله الحرة في حق نفسها **قال** واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقضت العدة وان لم تغتسل ولم ينقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة او تتيمم وتصلي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا تيممت انقطعت الرجعة وقال الشافعي لا اعرف بعد وجود الاقراء معنى اخر يقف انقضاء العدة عليه وهذا الذي ذكره مخالف لاجماع الصحابة وهو ما روي عن ابي بكر وعمر وابن مسعود وابي الدرداء وعبادة بن الصامت انهم كانوا يقولون في الرجل يطلق امراته تطليقة او تطليقتين

انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة واذا اتفق الصحابة على اعتبار الغسل لم يعتد بقول من
خالف ولان ايامها اذا كانت عشرة فقد تيقنا زوال الحيض لانه لا يكون اكثر من عشرة ايام عندنا
فانقضت العدة بانقضايه واذا كانت اقل من عشرة ايام لم نتيقن انقطاع الدم لجواز ان يعود
فاذا وجد الغسل المنافي للحيض في الظاهر حكمنا بانقضا العدة والشافعي رحمه الله بنى على اصله
ان العدة تنقضي بالاطهار فاذا دخلت في اول الحيضة الثالثة انقضت العدة فلا تحتاج الى
الاغتسال واما اذا انقطع دمها لاقل من عشرة ايام ومضى عليها وقت صلاة وقد امكنها
الاغتسال قبل مضيه فقد وجبت تلك الصلاة عليها ووجوب الصلاة ينافي حكم الحيض
واما اذا تيممت وهي مسافرة فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا تنقطع الرجعة حتى تصلي لان
التيمم لا يرفع الحدث بدليل انها لو رات الما بطل فصار كما لو اغتسلت وبقي عضو منها فان الرجعة
لا تنقطع فاذا صلت فقد تعلق بالتيمم حكم لا ينفسخ بحال الا ترى انها لو رات الما لم تبطل
تلك الصلاة فصارت كالاغتسال واما محمد فيقول اذا تيممت فقد استباحت به
جميع ما تستبيحه بالغسل وكانها اغتسلت **قال** وان اغتسلت ونسيت شيا من بدنها لم
يصبه الما فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت وهذا
الذي ذكره فيه قياس واستحسان واختلفوا في موضع القياس فقال ابو يوسف القياس
انه اذا بقي اقل من عضو ان تبقى الرجعة لان الحدث باق كما يبقى في العضو الكامل وانما
استحسنوا لان هذا القدر يستعمل في العادة فلو بقيت الرجعة لم تنقطع في غالب النسا وهذا
لا يصح وقال محمد القياس ان تنقطع الرجعة اذا بقي عضو كامل قياسا على المضمضة وانما
استحسنوا فقالوا لا ينقطع لان العضو مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يستغفل فصار كما
لو زاد عليه واما اذا بقي المضمضه والاستنشاق فقال محمد ابينها من الزوج ولا تحل
للازواج لان المضمضة مختلف في وجوبها والرجعة يعتبر فيها الاحتياط فلا يجوز اثباتها
بالشك وقال ابو يوسف في رواية هشام عنه له الرجعه لانه عضو يجب غسله فصار
كساير الاعضا **قال** والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين وذلك لانها زوجة ووطيها
كغير المطلقة ولان الرجعة مندوب اليها وهي مامورة ان تتزين ليقع عليها عين زوجها فيراجعها
قال ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يوذنها او يسمعها خفق نعليه قال ابو
يوسف ليس من اجل انها حرام ولكن لا يامن ان يرى الفرج بشهوة فتكون رجعة من غير اشهاد

وذلك مكروه وطريق اخر وهو ان ذلك يودي الى تطويل العدة عليها لانه اذا لم يرد مراجعتها
ودخل عليها من غير ان يوذنها لا يامن ان يرى فرجها فيصير مراجعا ولا رغبة له فيحتاج ان
يطلقها فتطول العدة عليها فكره ذلك وقد قال اصحابنا الاحسن ان يعلمها بالرجعة فان لم
يعلمها جاز وذلك لانه اذا لم يعلمها لا يامن ان تتزوج عند انقضا العدة فيعرفها بعقد محرم
فكان الاحسن ان يعلمها الرجعة وان لم يعلمها جاز لانه حق له لا يسقط به حقها فصار
كالاجازة في الخيار **قال** والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وكان ابو عبد الله البصري يختار انه
يوجب التحريم وهو قول الشافعي وزاد الشافعي فقال ان وطيها قبل الرجعة فعليه المهر
لنا قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا وهو من اسما الاعيان فيقتضي
ان يكون بعلها فلو حرمها الطلاق لم يكن بعلها فان قيل الرد لا يكون الا للشي قد زال ليرد اليه وليس
ذلك الا الاباحة قيل له قبل الطلاق كانت لا تبين بمضي المدة ثم صارت تبين بمضيها فيرد الى
الحالة التي لا تبين بمضي المدة ولانه طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم كالطلاق المعلق بالشرط
فان قيل انها معتدة فوجب ان يحرم وطيها كما لو قال لها انت باين قيل له هذا يبطل على اشترى
زوجته وهي معتدة منه بدليل انه لا يحل له ان يتزوج جما غيره ومع ذلك يحل له وطيها وقول
الشافعي انه اذا وطيها يجب المهر لا يصح لان هذا الطلاق لا يمنع الارث بحال فصار كالطلاق
المعلق بالشرط فان قيل معتدة فوجب بوطيها المهر كالباين قيل له هذا يبطل اذا وطيت بشبهة
ثم وطيها الزوج **قال** واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في عدتها وبعد
انقضا عدتها اما جواز تزوجها في العدة فلان العدة وضعت للاستبرا ولا يجب على الانسان
الاستبرا من ما نفسه ولانا انما منعنا غيره من تزوجها لانها محبوسة لحق من تعتد منه
فلا يجوز العقد عليها لغيره كما لا يجوز عقد الراهن على الرهن فاذا كانت تعتد منه فالحق
له فلا يمنع العقد كما يجوز عقد الراهن مع المرتهن واما جواز تزوجها بعد انقضا العدة
فلقوله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فظاهره
يقتضي ان الطلقة الثالثة اذا لم توجد فله ان يعقد عليها قبل ان تتزوج بزوج اخر **قال**
وان كان الطلاق ثلثا في الحرة وتطليقتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا
ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل في ذلك قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره فدل على ان التطليقة الثالثة يتعلق بها تحريم لا يرتفع الا بزوج وانما قلنا يجب

وذلك

ان يتزوجها الثاني تزوجا صحيحا لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والزوج لا يكون الا في نكاح صحيح
ولا تحل للزوج الاول بالعقد الثاني حتى يدخل بها الثاني وقال سعيد بن جبير تحل بنفس العقد لنا ما
روي في حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل وهو على المنبر عن رجل طلق امراته ثلثا فتزوجها
غيره فاغلق بابا وارخى سترا وكشف الخمار ثم فارقها قال لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر
وعن عايشة ان امراة رفاعة القرظي اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان رفاعة
بت طلاقي واني تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما عنده مثل هدبة الثوب فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق
عسيلتك فان قيل قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره يقتضي وقوع الاباحة بنفس العقد قيل له لما
ذكر الله النكاح والزوج دل على اعتبار الوطي ولو كفى احدهما لاقتصر عليه فاذا وطيها الزوج الثاني
ارتفع تحريم الطلاق فاذا طلقها الثاني وانقضت عدتها صارت اجنبية لا عقد عليها فلا تحل
للاول الا بعقد قال والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره
وهذا يسمى زوجا ولان المراهق يتعلق به احكام النكاح فصار كوط البالغ وكذلك ان كانت الزوجة
امة فطلقها زوجها تطليقتين لم تحل له الا بعد زوج وذلك لان جميع ما يملكه زوج الامة منها
تطليقتان فيكون بمنزلة الطلاق الثلاث في حق الحرة فلا تحل له الا بعد زوج قال ووطي المولى
لا يحلها لان الله تعالى يشرط في التحليل وط الزوج والمولى ليس بزوج وروي ان عثمان رضي
الله عنه سيل عن ذلك وعنده علي رضوان الله عليه وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد
بن ثابت وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج وقد قال اصحابنا
ان الزوج الثاني اذا وطيها في حال الحيض او حال الاحرام او في الصوم فانها تحل بذلك لانه وطي
اوجبه النكاح والتحريم فيه عارض فصار كوطي المريضة فاما الوط بالعقد الفاسد فلا يحلها
لما بينا ان المعتبر الوطي في النكاح الصحيح ولانه وطي لم يوجبه عقد نكاح صحيح فصار كالوطي
بالشبهة وعلى هذا اذا كان العقد الثاني مختلف في فساده فالوطي فيه لا يقع به التحليل
واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه فان وطيها حلت للاول اما اذا نوى التحليل
ولم يشترطه في العقد بقول ودخل بها على ذلك فانها تحل للاول بقولهم لانه نكاح صحيح نفسه
ما يفسده لا يوثر فيه كما لو نويا التاجيل واما اذا شرطا الاحلال بالقول فالنكاح صحيح عند
ابي حنيفة وزفر ويكره للثاني وتحل للاول ويكره وقال ابو يوسف النكاح الثاني فاسد

فان

فان وطيها لم تحل للاول وقال محمد النكاح الثاني صحيح ولا تحل للاول وجه قول ابي حنيفة وزفر
ان النهي عنه ليس لمعنى في نفس المنهي عنه وانما هو في غير المعقود عليه فلا يفسد النكاح كساير الشروط
الا انه يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لعن المحلل والمحلل له وجه قول ابي يوسف ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا انبيكم بتيس مستعار قالوا بلى يا رسول الله قال الرجل
يتزوج المراة ليحللها لزوجها ولان ذلك في معنى التوقيت والتوقيت اذا شرط في العقد افسده
واذا ثبت عنده ان النكاح فاسد لم يقع به التحليل وجه قول محمد في صحة العقد ما قال ابو حنيفة
وانما لم يقع به التحليل لانه استعجل ما اخره الله عنه فصار كمن قتل اباه قال واذا طلق الرجل الحرة
تطليقة او تطليقتين فانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول عادت بثلث تطليقات
ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث من الطلاق كما يهدم الثلاث وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث
وهو قول الشافعي لنا انه وط من زوج ثاني فوجب ان يرفع الحكم المتعلق بالطلاق اصله اذا كان
طلاقا ثلثا ولانها فارقت الاجنبيات بالطلاق بدليل انه اذا تزوج الاجنبية ملك منها ثلث تطليقات
ولا يملك ذلك منها فوجب ان يلحقها وطي الزوج الثاني بالاجنبيات اصله المطلقة ثلثا فان
قيل وط الزوج الثاني لا يحتاج اليه في اباحتها للزوج الاول فلا يرفع حكم الطلاق اصله وطي
المولى قيل له لا نسلم ان وطي الزوج الثاني وان لم يحتج اليه في الاباحة في مستقبل النكاح فانه
يحتاج اليه في اجازة النكاح لانه اذا تزوجها قبل زوج وطلقها بقية الطلاق حرمت عليه ولو عاد
اليه بعد زوج وطلقها ذلك الطلاق لم تحرم عليه واذا وطيها يحتاج اليه في الاباحة عندنا والمعنى
في وطي المولى انه لا يوثر في الثلث فلم يوثر فيما دونها ووطي الزوج الثاني يوثر في الثلاث فجاز ان
يوثر فيما دونها وهذه المسئلة فيها خلاف بين السلف رضي الله عنهم فروي عن ابن عمر وابن عباس
وسعيد بن جبير مثل قولنا وروي عن علي وزيد ومعاذ مثل قول محمد قال واذا طلقها
ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي
والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة وذلك لان هذا خبر
من اخبار الدين فيقبل فيه قول المراة كالخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

باب الايلا

الايلا في اللغة عبارة عن اليمين قال الشاعر قليل الالا حافظ ليمينه اذا ندرت منه الالية
وهو في الشرع عبارة عن اليمين على ترك وطي الزوجة مدة مخصوصة فالاسم شرعي فيه معنى
اللغة والدليل على انعقاد الايلا قوله تعالى للذين يولون من نسايهم الاية وقد كان الايلا طلاق

اهل الجاهلية فجعلته الشريعة طلاقا موجلا يتعلق بمضي المدة اذا عدم فيها الفي اذا ثبت هذا تكلمنا علي
ما ذكره في الكتاب **قال** رحمه الله اذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك او لا اقربك اربعة
اشهر فهو مول اما اذا حلف علي الابد فهو مولي باجماع الامة واما اذا حلف علي ترك وطيها اربعة
اشهر فهو مولي ايضا عندنا وقال الشافعي لا يكون موليا حتي يحلف علي اكثر من اربعة اشهر مدة
يمكن ان يوقعه القاضي فيها لنا قوله تعالي للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر فذكر تعالي مدة
اربعة اشهر ولم يزد عليها فمن قال ان الحكم يتعلق بزيادة علي الاربعة فهو تارك للظاهر ولانه
مدة ورد القران فيها بلفظ التربص فلا يجوز الزيادة عليها كمدة العدة وهذه المسله مبنية علي
ان البينونة تقع بمضي المدة عندنا فلا معني لاعتبار الزيادة عليها وانما المعتبر بقا اليمين الي
حين وقوع الفرقة والشافعي بني علي اصله ان مدة الفي بعد الاربعة الاشهر فلا بد من بقا اليمين
الي مدة الفي كما لا بد من بقايها عندنا في مدة الاشهر لانها مدة الفي وهذا لا يصح لانه لو عقد علي
خمسة اشهر صح الايلا فلو لم تطالبه بالفي حتي مضت سنة ثبت حكم الطلاق عندهم وان مضت
اليمين كذلك اذا عقد علي اربعة اشهر فمضت جاز ان يثبت حكم المطالبة وان لم يكن يمين فان قيل
الطلاق عندكم يقع بعد الاربعة الاشهر ولا يمين والواجب بقا اليمين الي حين وقوع الطلاق
قيل له المدة عندنا مضيها هو الموجب لوقوع الطلاق فصار كقوله ان دخلت الدار فانت
طالق انه يحنث بدخول الدار ويقع الطلاق بعد الدخول ولا يمين كذلك هذا **قال** فان
وطيها في الاربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة وسقط الايلا وذلك لانه فعل ما
حلف علي تركه مع بقا اليمين فحنث كما لو كانت يمينه علي غير الوطي واذا حنث لزمته الكفارة
لانها موجب الحنث ويسقط الايلا لان اليمين قد انحلت بالحنث فيها وقد قال الشافعي في
قوله القديم اذا فا اليها في المدة بالوطء فلا كفارة عليه وهذا لا يصح لقوله عليه السلام من
حلف علي يمين وراي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولانه تارك
لوطيها بيمين بالله فاذا وطيها مع بقا اليمين لزمته الكفارة كما لو حلف علي وطي امته فان قيل
الايلا يوجب الفي او عزيمة الطلاق فاذا اختار عزيمة الطلاق فقد وفي باليمين واذا فا في المدة
فقد فعل المحلوف عليه فحنث قلنا لا يقال اذا لم تجب الكفارة علي من لم يحنث لا تجب علي الحانث
قال واذا لم يقربها حتي مضت المدة بانت بتطليقة وروي مثل ذلك عن علي وابن مسعود
وابن عباس وزيد بن ثابت وعثمان وابن عمر ومسروق والحسن وابن سيرين ومحمد بن

الحنفية وابن المسيب ومجاهد وقال الشافعي لا يقع الطلاق بمضي المدة فاذا طلبت المراة بعد
المدة بالفي او وقع الطلاق فان ابوا الا طلقها الحاكم في احد قوليه وقال في قول اخر يحبسه الي
ان يطلق دليلنا قوله تعالي وان عزموا الطلاق قال ابن عباس عزيمة الطلاق انقضا اربعة
اشهر لا في فيها فان قال ذلك من جهة اللغة فهو حجة فيها وان كان بين هذا الاسم من جهة
الشرع فاسما الشرع انما توخذ من صاحب الشرع فكان النبي صلي الله عليه وسلم قال ذلك
واذا ثبت ان مضي الاشهر من غير في هو عزيمة الطلاق استحال ان يثبت الفي الذي بعدها
لان الله تعالي لم يجعل لها الامرين وانما جعل له احدهما ولانها مدة معلومة للتربص ثبت
ابتداوها بقول الزوج وجب ان تقع البينونة بانقضايها اصله مدة العدة فان قيل مدة
الايلا ضربت لازالة الضرر بفقد الوطء فوجب ان لا يتعقبها البينونة اصله اجل العنة
قيل له لا فرق بينهما لان مدة الايلا تبطلها وجود الوطء فاذا مضت المدة فات الوطي وتعلق
الطلاق بفواته ومدة العنة يبطلها وجود الوطء فاذا مضت المدة فات الوطء بعد ذلك
ويثبت لها الخيار واذا ثبت وقوع الطلاق بمضي المدة فانه يكون باينا لانها لا فرقة من
طريق الحكم والفرقة الواقعة من طريق الحكم تكون باينة **قال** فان كان حلف علي اربعة اشهر
فقد سقطت اليمين وهذا صحيح لان اليمين الموقتة تنحل بمضي المدة ولا يلزمه اكثر مما حلف
عليه **قال** وان كان حلف علي الابد فاليمين باقية وذلك لان اليمين اذا لم تكن موقتة فانها
لا تنحل الا بالحنث او فوت المحلوف عليه ولم يوجد ذلك فتكون بحالها **قال** فان عاد
فتزوجها عاد الايلا فان وطيها والا وقعت بمضي اربعة اشهر طلقة اخري فان تزوجها
عاد الايلا ووقع عليها بمضي اربعة اشهر طلقة اخري فان تزوجها بعد زوج لم يقع بذلك
الايلا طلاق وذلك لانها اذا بانت بمضي المدة حصل ابتدا المدة الثاني وهي اجنبية
لا حق لها في الوطء فلا يتعلق بمضي المدة فرقة فاذا تزوجها عاد حقها في الوطء واليمين
بحالها لم تنحل فيعود الايلا علي اصلها ان زوال الملك لا يوجب بطلان اليمين علي ما نبينه
في موضعه واذا عاد الايلا ومضت مدة اربعة اشهر من حين تزوجها لم يطاها فيها وقعت
عليها تطليقة اخري وسقط حقها من الوطء فيسقط الايلا واليمين بحالها فان تزوجها
عاد حقها في الوطء فعاد الايلا ووقع عليها تطليقة اخري بمضي اربعة اشهر ان لم يوجد
منه الوطء فيها فان تزوجها بعد وقوع الثلاث بعد زوج فمضت اربعة اشهر لم يطاها فيها

لم يقع لانها شي لانما استوفي طلاق الملك الذي حلف فيه ثم استفاد طلاقا لم يكن في ملكه يوم
اليمين ولا اضاف يمينه اليه ولا هو تابع لما كان في ملكه فلم يقع وقال زفر يقع عليها الطلاق
وبناه علي اصله ان استيفا طلاق الملك لا يمنع وقوع الطلاق باليمين قال واليمين باقية
ان وطيها كفر عن يمينه وذلك لما بينا ان اليمين لا تنحل الا بحنث او فعل المحلوف عليه ولم يوجد
واذا كانت باقية فوطيها حنث ولزمته الكفارة لانها موجب الحنث قال وان حلف علي اقل
من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال نفاة القياس يكون موليا ولو حلف علي ساعة وهذا
لا يصح لقوله تعالى للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر فخصه بهذه المدة فلو صحت
اليمين علي ما دونها لم تكن للتخصيص معني قال وان حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق
فهو مولي وجملة ما قال في هذا ان الايلا عند اصحابنا هو كل يمين في زوجة منعت جماع المدة
المشروطة الا بمعني يلزمه فيتعلق بالايمان او بتعيين ايلا فعلي هذا اذا حلف بالعتق والصدقة
والصوم كان موليا لان ذلك من احكام الايمان وكذلك الحج والعمرة لانه من احكام الايمان
الا ترى انها توجب الكفارة بمقتضاها ولا يتوصل اليها في الغالب الا بمال وكذلك اذا
قال ان قربتك اربعة اشهر ففلانة طالق زوجة له اخري فهو مولي لانه لا يتوصل
الي الوط الا بمعني يلزمه من احكام اليمين وقال الشافعي في احد قوليه لا يكون الايلا الا
باليمين بالله تعالى لان اطلاق اليمين يتناول ذلك خاصة وهذا لا يصح لان من قال
لامراته ان وطيتك فعبدي حر قال اهل الشرع قد حلف بعتق عبده فالفاظ الشرع
من صاحب الشريعة ولانه لا يتوصل الي وطيها في مدة الايلا الا بمعني يلزمه فصار كما لو
حلف بالله تعالى قال وان الامر المطلقة الرجعية كان موليا وان الامر الثانية لم يكن
موليا وذلك لان المطلقة الرجعية عندنا زوجة ووطيها مباح فصح الايلا منها كغير
المطلقة وليس كذلك المبتوتة لان وطيها حرام فهي بمنزلة الاجنبية وقال الشافعي لا
يصح من الرجعية ويعتبر ابتدا المدة عقيب الرجعة وبناه علي اصله ان المطلقة الرجعية
محرمة الوط كالبائنة وهذا لا يصح لان الرجعية لو لم يثبت ايلا وقتا عقيب اليمين لم يثبت
في الثاني الدليل عليه المبتوتة قال ومدة ايلا الامة شهران وقال الشافعي هي
مثل الحرة وهذا لا يصح لانها مدة وردا القران بها بلفظ التربص فوجب ان يوثر فيها
الرق اصله مدة العدة فان قيل انها مدة ضربت لرفع الضرر عن الزوجة لفقد الوطي فلم

يختلف

يختلف بالحرة والامة كمدة العنة قيل له مدة العنة ضربت لاختبار حال الزوج هل هو عجز خلقة
او لعارض يرجي زواله وذلك يختلف برق الزوجة فاما مدة الايلا فانما ضربت ليوقيها حقها
بالفي ومدة الاستمتاع تختلف بالحرة والامة وقد قال اصحابنا ان الايلا لا يكون الا بالحلف
علي ترك الوط في الفرج وذلك لان حكم الايلا انما يثبت اذا قصد الي منعها من حقها وحق المراة
في الوطي في الفرج قال واذا كان المولي مريضا لا يقدر علي الجماع او كانت المراة مريضة
او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلا ففيه ان يقول بلسانه فيت اليها
فان قال ذلك سقط الايلا والاصل في هذا ان الفي عبارة عن الرجوع يقال فا الظل اذا
رجع فلما كان المولي قصد الي منعها من حقها من الوط وكان وطيه رجوعا عما قصده سمي فيا
والقادر علي الوطي لا يكون فيه الا بالجماع روي ذلك عن علي رضي الله عنه وابن مسعود
وابن عباس ومسروق والشعبي وغيرهم ولانه عوقب بايقاع الطلاق علي منعها من حقها
من الوطي فما لم يوفيها ذلك لا يسقط حكم الايلا فاما العاجز عن الوطي ففيه القول والعجز يكون
من طريق المشاهدة كالمرض والرتق والصغر والجب وبعد المسافة التي لا يقدر علي قطعها في مدة
الايلا وما اشبه ذلك مما لا يمكن الوطي معه وقد روي ان الفي بالقول عند العجز عن ابن مسعود
ولانه لا يقدر علي ايفا حقها بالوطي فلزمه غاية ما يقدر عليه وهو ان يرجع عما عزم عليه بقوله
فاذا قال ذلك حصل الفي وسقط الايلا وقد يكون العجز من طريق الحكم مثل ان يكون محرما او صايما
في رمضان فلا يكون فيه عندنا الا بالوط وقال زفر يكون بالقول وجه قول اصحابنا انه
قادر علي الوطي فصار كغير المحرم وجه قول زفر ان المنع لحق الله تعالى بمنزلة المنع من طريق
المشاهدة بدليل ان الخلوة لا تصح مع الاحرام كما لا تصح مع المرض فاستويا قال وان صح في المدة
بطل ذلك الفي وصار فيه الجماع وذلك لان الفي بالقول جعل بدلا عن الوط عند العجز فاذا زال
العجز مع بقا المدة انتقل الحكم الي الاصل كالمتيمم اذا وجد الما في الصلاه قال واذا قال
لامراته انت طالق او انت علي حرام سيل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال
وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة باينة الا ان ينوي الثلاث وان قال اردت الظهار فهو ظهار
وان قال اردت التحريم او لم ارد شيا فهو يمين يصير بها موليا اما اذا اراد بها الطلاق فهو
طلاق لان قوله انت علي حرام يحتمل الطلاق فهو كناية عنه فاذا نوي به الطلاق وقع كساير كنايات
الطلاق فان اراد بذلك ثلثا كان ثلثا وان اراد واحدة فهي واحدة باينة وان اراد اثنتين

في واحدة وهذا قد بيناه فيما تقدم واما اذا نوى به الظهار فهو ظهار عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ليس بظهار وجه قولهما انه وصفها بالتحريم والمراة تارة تكون محرمة بالظهار
وتارة بالطلاق فاذا نوى الظهار فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه وجه قول محمد
ان الظهار يختص بحرف التشبيه ولم يوجد في قوله انت علي حرام فلم يكن ظهارا واما اذا نوى
التحريم او لم يرد شيا فهو يمين وقال الشافعي اذا قال ذلك لزوجته وجاريته فعليه
كفارة يمين بنفس اللفظ وليس بيمين لنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الاية
وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يشرب من شراب عند سودة من
العسل فدخل على عايشة فقالت اني اجد منك ريحا فقال اراه من شراب شربته عند
سودة والله لا اشربه فقالت نزلت هذه الاية فسمى الله يمينه تحريما فاذا حرم شيا فقد
جامع معنى اليمين فان قيل ان الاية نزلت لان النبي صلى الله عليه وسلم حرم مارية قيل له لا
يمتنع ان يكون حرام العسل وحرم مارية فنزلت الاية فلا يتعارضان وقد روي ان ابا بكر
وعمر وابن مسعود وابن عباس قالوا في الحرام انه يمين ولان كل لفظ تعلق به كفارة يمين
فانه يمين اصله اذا ذكر اسم الله تعالى فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حرم
مارية نزلت الاية فامر النبي صلى الله عليه وسلم كل من حرم على نفسه حلالا ان يعتق
رقبة او يطعم عشرة مساكين فاوجب الكفارة باللفظ لا بالحنث قيل له معناه امر بعتق
رقبة اذا حنث بدليل ان ابن عباس هو راوي الخبر وقد صح عنه انه قال في الحرام انه يمين
واليمين لا يجب فيها الكفارة الا بالحنث فدل على ان المراد به ذلك واذا ثبت ذلك انه يمين
صار بها موليا كما لو قال والله لا اقربك واما قوله اردت به الكذب فهو كما قال فانما
يعني بذلك فيما بينه وبين الله تعالى فاما في القضا فلا يصدق في نفي اليمين لان هذا اللفظ هو
صريح في اليمين بالشرع فلا يصدق في صرفه عن ظاهره بالنية فاما اذا قال ذلك في غير
الزوجة فهو يمين وقال الشافعي لا يجب به شي لنا ما روي ابن عباس ان الاية لما نزلت
امر النبي صلى الله عليه وسلم كل من حرم حلالا ان يكفر وهو عام ولان كل ما تعلق به الكفارة
في الزوجات تعلق به في غير الزوجات كقوله والله فان قيل الفرج يجوز ان يكون محرما مع الملك
فلذلك وجبت الكفارة في الزوجات تعلق به في غير الزوجات كقوله والله فان باضنا فعالتحريم
اليها قيل له ساير الاعيان ايضا يجوز ان يكون محرمة مع بقا الملك الا ترى ان العين المرهونة

[illegible]

والمبيع

والمبيع في يد البايع محرم على مالكه لا يجوز له الانتفاع به مع بقا الملك فيه وقال اصحابنا
اذا حرم على نفسه شيا ثم فعل شيا مما حرمه شيا قليلا او كثيرا حنث وانحلت اليمين لان
التحريم اذا تعلق بالعين افاد تحريمها وتحريم كل جزء منها بدلالة تحريم الخمر والميتة فاذا استباح
مما حرمه الله جزوا فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين ولا يشبه هذا اذا حلف لا ياكل
طعاما فاكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث تعلق باكل الجميع وما تعلق بشرطين او بشروط لا يحنث
ببعضها واذا قال كل حل علي حرام ولا نية له فهو على الطعام والشراب خاصة وذلك لان اللفظ
لا يمكن حمله على عمومه الا ترى انه لو حمل على العموم حنث عقيب قوله بفتح عينه او بنفسه في
الهوى او حركته لانه مباح والانسان لا يقصد بيمينه الامتناع منه فعلم انه لم يرد تحريم كل مباح
فلا بد من حمله على بعض المباحات واذا لم تكن له نية حمل على المقصود منها وهو الطعام والشراب
لانهما قوام الحياة وقد قال زفر انه يحنث عقيب كلامه وهو القياس لانه فعل عقيب اليمين
ما هو حلال فان نوى غير ذلك حمل عليه لانه يحتمله بيمينه

كتاب الخلع

قال رحمه الله اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس ان تفتدي نفسها
منه بمال يخلعها به والاصل في ذلك قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وروي عن ابن
عباس ان جميلة بنت ابي ابن سلول اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما اعيب على
ثابت في دين الله ولا خلق واني لاكره الكفر في الاسلام لا اطيقه بغضا فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم تردين عليه حديقته قالت نعم فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان ياخذ
منها ما ساق اليها ولا يزداد **قال** فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة باينة ولزمها المال
والكلام ههنا يقع في مواضع احدها ان الخلع طلاق وهو قول عمر واحد الروايتين
عن عثمان وعن ابن عباس انه ليس بطلاق وقال الشافعي في احد قوليه هو فسخ وفي القول
الاخر هو كناية عن الطلاق لنا انها فرقة تتعلق بسبب فرقة بعوض كالطلاق على مال
فان قيل قال الله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال
فان طلقها فلو كان الخلع طلاقا فانتظمت الاية اربعا ثم ذكر العوض فيه فقال فلا جناح
عليهما فيما افتدت به وهذا بيان لحكم التطليقتين بعوض وبغير عوض ثم ذكر التطليقة
الثالثة فلا يقتضي ما ذكروه والثاني ان الطلاق الواقع بالخلع باين لانه لفظ كناية
بدليل انه لو قال قد خالعتك ينوي به الطلاق ولم يذكر عوضا انها تطلق واذا كان كناية

وقع به الطلاق البائن كسائر الكنايات الثالث ان الخلع عندنا عبارة عن العقد على الطلاق
بعوض والدليل عليه ما قالوا في رجل قال لرجل اخلع امراتي فخلعها على غير عوض لم يصح ولو
قال الرجل لامراته اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي بالف وقف على اجازة الزوج
واذا ثبت ذلك قلنا اذا قال لها خالعتك ونوى الطلاق لم يكن خلعا في الحقيقة وانما
يكون ذلك كناية عن الطلاق فان ذكر في ذلك عوضا فهو عقد خلع ويفتقر الى قبول المراة
فلا يقع به شي حتى تقبل ويقع به الطلاق ويلزم المال وقد قال اصحابنا ان الزوج اذا ابتدا
بايجاب الخلع فقال خالعتك على الف لم يصح رجوعه عن ذلك ولا يبطل بقيامه من المجلس
لان الزوج من جهته الطلاق وايجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه فان ابتدات المراة بايجاب
الخلع فقالت خلعت نفسي منك بالف فلها ان ترجع عنها قبل القبول ويبطل بقيامها
لان المراة من جهتها المال والايجاب بالمال يبطل بالافتراق قبل القبول كالبيع قال
وان كان النشوز من قبله كرهنا له ان ياخذ المال عوضا وذلك لقوله تعالى وان
اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيا
اتاخذونه بهتانا واثما مبينا قال وان كان من قبلها كره له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها
فان فعل جاز في القضا وذلك لما روي في قصة جميلة بنت ابي السلول وزوجها ثابت
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر ان ياخذ منها ما ساق اليها ولا تزداد قال ابن جريج
وفيهما نزل قوله تعالى ولا تاخذوا مما اتيتموهن شيا الى قوله فلا تعتدوها قال
يقول لا تاخذ منها اكثر مما اعطيتها فاما قوله فان فعل جاز في القضا لما روي ان مولاة
لصفية زوجة ابن عمر اختلعت من زوجها بجميع مالها فلم ينكر ذلك ابن عمر ولان كل
عقد جاز فيه العوض القليل جاز العوض الكثير كسائر المعقود قال وان طلقها على مال
فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال وكان الطلاق باينا وذلك لانه علق الطلاق
بوجوب المال عليها والمال لا يجب عليها الا بقبولها فاذا قبلت لزمها المال ووقع الطلاق
بوجوب المال عليها ويكون الطلاق باينا وذلك لان غرض المراة في بذل العوض التخلص
منه فلو كان الطلاق رجعيا لراجعها ولم يوجد العوض وذهب مالها بغير شي وهذا
لا يجوز قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم المسلمة على خمر او خنزير فلا شي للزوج
والفرقة باينة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا وذلك لان العوض اذا بطل

في الخلع

في الخلع بقي لفظ الكناية والفرقة الواقعة بالكنايات التي لم تجر مجرى الصريح تكون باينة
وليس كذلك الطلاق على عوض اذا بطل العوض فيه لان صريح الطلاق يقتضي الرجعة وانما
يكون باينا باستحقاق العوض فاذا بطل العوض بقي مجرد الطلاق الصريح فتثبت فيه
الرجعة واما قوله فلا شي للزوج صحيح وقال الشافعي عليها مهر مثلها لنا ان خروج البضع
من ملك الزوج لا قيمة له على ما بينا فيما تقدم فاذا سمت في مقابلته ما لا قيمة له فقد
رضي بترك العوض فلا يلزمها شي كما لو طلق او خلع فان قيل بانه خالعها بعوض فاسد فوجب
ان يرجع عليها ببدل البضع اصله اذا خالعها على عصير فوجده خمرا قيل له هذا لم يرض
بخروج البضع الا بعوض متقوم فاذا وجده على خلاف ذلك فقد غرته فيرجع بحكم الغرور
وفي مسالتنا رضي بما لا قيمة له فصار بمنزلة السكوت في مقابلة خروج البضع فلا يرجع
بشي قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون عوضا في الخلع وذلك لان كل واحد منهما عقد
على البضع فما جاز ان يثبت في احد العقدين جاز ان يثبت في الاخر قال فان قالت له خالعني على
ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شي فلا شي له عليها وذلك لانها لم تسم ما هو متقوم الا
ترى انه قد يكون في يدها ما له قيمة وما لا قيمة له فاذا كان كذلك فلم تغره بالتسمية
والرجوع انما يكون بحكم الغرور ولم يوجد الغرور فلا يرجع بشي وعلى هذا اذا قالت
على ما في هذا البيت او على ما في شجري او نخلي او في بطون غنمي فلم يكن شي فلم يرجع بشي لما بينا
قال وان قالت على ما في يدي من مال زدت عليه مهرها وقال الشافعي يرد عليه مهر
مثلها لنا انها قد غرته بتسميه ما له قيمه فلا يجوز ان يزول ملكه بغير عوض ولم يمكن الرجوع
الى قيمة ما سمته لانه مجهول ولا الى قيمة البضع لانه لا يتقوم من خروجه من ملك الزوج
فوجب الرجوع الى ما يتقوم به على الزوج وهو ما استحقته بعقد النكاح من المسمى او مهر
المثل فان قيل الخلع لا يمكن فسخه فصار البضع مستهلكا فوجب عليه قيمته قيل له هذا
يبطل بما اذا ارتدت المراة فصار البضع مستهلكا ولا يرجع بقيمته قال وان قالت
على ما في يدي من دراهم فلم يكن في يدها شي فعليها ثلثة دراهم وذلك لانه لم يرض بخروج
البضع من ملكه الا بعوض هو دراهم وذلك اسم للثلاثة وما فوقها والثلثة متيقنة
فلزمتها ولا يلزم ما زاد بالشك قال واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها
ثلث الالف وذلك لان البا فيها معنى العوض وليس فيها معنى الشرط فانقسمت الالف

علي التطليقات الثلاث واعتبرت كل تطليقة علي حيالها بما جعل لها من العوض **قال** وان قالت
طلقني ثلثا علي الف فطلقها واحدة فلا شي عليها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
عليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان علي فيها معني الشرط ولها غرض
صحيح في ايقاع الثلاث حتي تبين منه اعظم البينونتين والطلاق يتعلق بالشرط
فصار ايقاع الثلاث شرطا في استحقاق العوض ولم يوجد الشرط فلا يستحق شيا وجه
قولهما انها جعلت الالف في مقابلة التطليقات فانقسمت عليها كقولها طلقني ثلثا بالف
وقد بينا الفرق بينهما **قال** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او علي الف
فطلقت نفسها واحدة لم يقع عليها شي وذلك لانه لم يرض بوقوع البينونة الا بكل الالف فلم
يجز وقوعها ببعض الالف وليس كذلك اذا قالت المراة طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة لانه
قد اتي بما طلبت من البينونة وزادها خيرا من نقصان البدل فجاز **قال** والمباراة كالخلع وهذا
صحيح لان المباراة مفاعلة من البراة والخلع ماخوذ من انخلاع الشي من الشي فمعناهما واحد
قال والخلع والمباراة يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين علي الاخر مما يتعلق بالنكاح
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف في المباراة مثل ذلك وقال في الخلع لا يسقط به الا ما
سميا وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سميا وبه قال الشافعي وجه قول ابي
حنيفة ان المباراة والخلع معناهما واحد علي ما بيناه والمقصود اسقاط المنازعة
في حقوق النكاح بدلالة انهما لو اتفقا عليها لم يحتاجا الي الخلع وانما دخلا فيه للشقاق وفاتت
الفتهما وقصدهما اسقاط تلك الحقوق فوجب ان تسقط اذا كانا يملكان اسقاطها
وصار كالمتخاصمين اذا ادعي كل واحد منهما علي الاخر حقوقا ثم اصطلحا علي مال
وتبارآ فانه يسقط كل حق ادعاه احدهما علي الاخر لما كان هو العوض بالصلح كذلك هذا
وجه قول ابي يوسف ان المباراة صريح في البراة فيسقط به ما سميا دون غيره وجه
قول محمد ان ما سمياه يجب ان لا يسقط كالديون وكالنفقة قبله اما الديون التي لا تتعلق
بعقد النكاح فلم يقع المنازعة فيها فلا يسقط بالعقد وفي مسلتنا وقعت في حقوق هذا
العقد وهما يقصدان بالخلع ازالة الخلف بينهما وذلك يكون باسقاط حقوقه فاما
النفقة فانها حق لم تجب والبراة انما تؤثر فيما وجب من الحقوق دون ما لم يجب

كتاب الظهار

حقيقة الظهار في الشرع ان يشبه زوجته او عضوا
منها

منها بعضو يعبر به عن جميعها او جزءا شايعا منها بما لا يحل له النظر اليه من امراة تحرم عليه نكاحها علي
التابيد واهل اللغة لا يعرفون هذه الشرايط والاسم شرعي فيه معني اللغة وقد كان الظهار طلاقا قا
في الجاهلية فنقله الشرع الي التحريم يرتفع بالكفارة والاصل في ثبوت حكم الظهار ما روي عن خولة
بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وكان شيخا كبيرا قد ابتلي وضاق خلقه
فراجعته في بعض ما امرني به فقال لي انت علي كظهر امي ثم خرج الي نادي قومه ثم عاد
فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتي يقضي الله
ورسوله بيننا فوقع علي فدفعته عني بما تدفع به المراة الشيخ الكبير ثم خرجت الي جيراني
فاخذت منهم ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلست بين يديه وذكرت
له ما صنع فقال لي زوجك وابن عمك وهو شيخ كبير فراجعته وجعلت اشكوا الي الله ما القاه
منه فغشي رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي كما كان يغشاه فلما سري عنه
قال يا خولة قد انزل الله فيك وفي اوس قرانا وتلا اول السورة قد سمع الله قول التي
تجادلك في زوجها وتشتكي الي الله الي اخر القصة ثم قال لي مريه فليعتق رقبة قلت يا رسول
الله والله ما عنده ذلك قال فليصم شهرين متتابعين فقلت انه شيخ كبير ما به من صوم قال
مريه فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر فقلت والله ما يجد ذلك فقال انا اعينه بعرق
قلت يا رسول الله وانا اعينه بعرق فقال افعلي واستوصي به خيرا ففعلت ما امرني رسول الله
صلى الله عليه وسلم **قال** رحمه الله واذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت
عليه لا يحل له وطيها ولا لمسها ولا تقبيلها حتي يكفر عن ظهاره وذلك لان الظهار يتعلق به تحريم
لا يرتفع الا بالكفارة فما لم يوجد سبب الاباحة لا يزول التحريم بوجه لا بملك اليمين ولا بغيره كذلك
هذا التحريم لا يزول الا بالكفارة وقد قال اصحابنا لو ظاهر من امراته وهي امة ثم اشتراها
لم يحل له وطيها حتي يكفر لما ذكرناه واما قوله ولا لمسها ولا تقبيلها فلقوله تعالي من قبل ان يتماسا
ولانه قول اوجب تحريم الوطي فحرم ما دونه من الاستمتاع اصله الطلاق الثلاث **قال**
فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله تعالي ولا شي عليه غير الكفارة الاولي ولا يعاود حتي يكفر
وذلك لما روي عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امراته فراي خلخالها في القمر فوقع عليها ثم جا
الي النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال استغفر الله ولا تعود حتي تكفر ولم يامره
بالكفارة فلو وجبت عليه لبينها له **قال** والعود الذي تجب به الكفارة ان يعزم علي وطيها

وقال الشافعي الكفارة تجب بالظهار والعود وهو امساكها على النكاح عقيب الظهار فاذا
امسكها عقيب الظهار زمانا يمكن طلاقها فيه استقرت الكفارة وان قال عقيب الظهار
انت طالق سقط عنه الظهار لنا قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة فذكر العود بثم فاقتضى التراخي وهذا ينفي ان يكون العود الامساك عن طلاقها عقيب الظهار
فان قيل قوله فتحرير رقبة تقديره فحرروا رقبة وهذا يقتضي الوجوب وعندكم الكفارة
لا تجب بنفس الظهار قيل له اللفظ لفظ الخبر فما امكن ان يحمل على حقيقة الخبر لا يجوز حمله
على الامر واللام في قوله تعالى لما قالوا بمنزلة الى كقوله اوحى لها وقوله تعالى قل الله يهدي للحق
وقوله لما قالوا مصدر والقول في المعنى هو المقول كقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته
اي في موهوبه فصار التقدير فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا كفارة ظهارهم ثم يعودون
الى مباشرة نسائهم والتقديم والتاخير كثير في القران واطلاق العود في اللغة انما يفهم
منه زوال معنى ثم عوده والظهار لم يزل النكاح فلا يكون امساكها عودا وقد ازال
الاباحة فاذا عادت الاباحة فهو حقيقة العود فحمل اللفظ عليه ولان الطلاق لو اسقط
حكم الظهار عقيب الظهار لاسقطه في الثاني كالكفارة فان قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم
اوجب الكفارة على اوس بن الصامت ولم يساله عن العزم فلو كان وجوب الكفارة يتعلق به
لساله عن عزمه قيل له امراة اوس سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن ظهاره بعد ان رام
وطيها فامتنعت فهذا هو العزم والظاهر بقاؤه عليه فلذلك لم يساله عنه واذا ثبت من
اصلنا ان العود هو العزم قال اصحابنا اذا عزم على وطيها وجبت الكفارة فان بدا له في
الحنث سقطت عنه فكانها عندهم لم تجب وجوبا مستقرا وذلك لان الكفارات وضعت
التطهير فجاز ان يكون فيها ما يجب وجوبا غير مستقر اصله الحدود وعند الشافعي تستقر
الكفارة بالعود ولا تسقط قال واذا قال انت علي كظهر امي او كفخذها او كفرجها
فهو مظاهر وذلك لان هذه الاعضاء لا يحل له النظر اليها من امه فصارت بمنزلة تشبيهها
بظهر امه قال وكذلك ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل
اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن لا يحل له النظر اليهن على التابيد كالام وعلى هذا
ايضا اذا شبهها بام امراته او بامراة ابيه لما ذكرناه ولو شبهها بامراة وزنا بها ابوه او
ابنه فهو كذلك وان شبهها بامراة فقد فرق الحاكم بينهما باللعان قال ابو يوسف لا يكون

مظاهرا لانها وان حرمت عندي على التابيد فلو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز وابطل معنى التابيد
قال ابو يوسف ولو حكم حاكم بجواز نكاح المراة التي زنى بها ابوه ابطله اذا رفع الي فينتفي
التحريم على التابيد ولو شبه امراته بامراة قبلها ابوه بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لم
يكن مظاهرا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يكون مظاهرا وجه قول ابي حنيفة ان
التحريم بالنظر واللمس ليس بمنصوص عليه وقد اختلف فيه فيسوغ فيه الاجتهاد فلم يتابد
التحريم وجه قول ابي يوسف ان التحريم بالنظر منصوص عليه بدليل قوله عليه السلام من كشف
خمار امراة فنظر اليها حرمت عليه امها وابنتها وحكم الحاكم بخلاف المنصوص لا ينفذ وقد
قال الشافعي اذا شبهها بالام والجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان
وان شبهها بمن كانت حلالا ثم حرمت كام امراته لم يكن مظاهرا قولا واحدا وهذا لا يصح لانه شبهها
بمن تحرم عليه على التابيد كالام فان قيل ان الله تعالى ذكر التشبيه بالام خاصة قيل له ولكن
علله بقوله منكرا من القول وزورا وهذا موجود في البنت والاخت قال وكذلك ان
قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك وذلك لما بينا
في الطلاق ان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجملة فذكرها كذكر المراة بعينها واما الجزء الشائع
فيتعلق به التحريم ثم يسري الى الجملة وقد بينا ذلك في الطلاق ايضا قال وان قال
انت علي مثل امي رجع في ذلك الى نيته فان قال اردت به الكرامة فهو كما قال وان قال
اردت الظهار فهو ظهار وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين وان لم يكن له نية فليس
بشي وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف هو ايلا وقال محمد هو ظهار والخلاف
بينهم اذا لم يكن له نية وجه قول ابي حنيفة ان هذا اللفظ يحتمل التشبيه في الكرامة وفي
التحريم والظهار والطلاق وليس بصريح في واحد منهما فوجب ان يقف على نيته كسائر
الكنايات فاذا لم ينو لم يقع به شي وليس كذلك اذا قال انت علي كظهر امي لانه صريح الظهار
فلا ينوى فيه كما لا ينوى في صريح الطلاق وجه قول ابي يوسف ان هذا اللفظ يحتمل البنوة
والتحريم والظهار فيثبت التحريم لانه متيقن وهذا الذي ذكره لا يصح لان الكرامة مما
يحتمله اللفظ ايضا وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يثبت الا بنية وجه قول محمد
ان لفظ التشبيه يختص بالظهار فصار حمله عليه اولى وهذا لا يصح لان الظهار لا يقف
على التشبيه بدليل انه لو قال انا منك مظاهر كان مظاهرا قال ولا يكون الظهار الا

من زوجته فانه ظاهر من امته لم يكن مظاهرا وذلك لقوله تعالى والذين يظاهرون من
نسائهم وهذا اللفظ لا يتناول الامة ولانها تحريم مختص بالقول فلا يلحق الامة كالطلاق
وقد قالوا يصح ظهاره من المطلقة الرجعية ولا يصح من البائن لان الرجعية زوجة على ما بيناه
فيما تقدم فاما المبتوتة فهي محرمة بالطلاق وتحريم الطلاق آكد من تحريم الظهار فلا معنى
لادخال اخف التحريمين على آكدهما **قال** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي فهو مظاهر
من جماعتهن وعليه لكل واحدة كفارة وقال الشافعي عليه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن
بكلمة واحدة في قوله القديم لنا ان الكفارة يتعلق وجوبها بالعود وعوده في كل واحدة
منهن غير عوده في الاخرى فاذا اختلف المعنى الموجب للكفارة وجب بكل واحدة الكفارة
كما لو ظاهر منهن على الانفراد فان قيل كلمة يجب بمخالفتها الكفارة فوجب ان تجزئ كفارة
واحدة اذا قال والله لا اطأكن قيل له الكفارة في اليمين تجب بحرمة الاسم والاسم
واحد فلا تجب بالمخالفة فيه الا كفارة واحدة وفي مسألتنا الكفارة تجب بالعود والعود
يختلف فيهن وقد قال اصحابنا اذا قال لها انت علي كظهر امي ولم يكن له نية فهو ظهار
في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فان قال اردت به الطلاق او اردت التحريم لم يكن الا
ظهارا وذلك لان هذا صريح في الظهار الا ترى ان الصريح ما استعمله اهل اللغة في شيء دون
غيره وهذا موجود في الظهار ولا يجوز ان يصرف عما وضع له كما لا يصرف عن صريح الطلاق
ولا يعتبر فيه ايضا النية كما لا يعتبر في صريح الطلاق وقالوا ايضا لا ينبغي للمراة ان تتركه
ليقربها لانها محرمة عليه ولها المطالبة عند الحاكم بالوطء وعلى الحاكم ان يجبره حتى يكفر
وذلك لانه مضر بها في ذلك فكان للحاكم الزامه حقها ورفع الضرر عنها **قال** وكفارة الظهار
عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
كل ذلك قبل المسيس وذلك لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فمن لم يجد
فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
ولم يشترط فيه المسيس ولكنه عندنا مشروط لانه لا يامن ان يقدر على العتق او الصوم
في خلال الاطعام فينتقل اليه فيكون قد جامع قبله وذلك لا يصح وهذه الكفارة على الترتيب
لان الله تعالى ذكرها بلفظ الترتيب **قال** ويجزئ في العتق الرقبة المسلمة والكافرة
والذكر والانثى والكبير والصغير انما جاز الصغير والانثى ولانه يتناوله اسم الرقبة

ولانه

ولا تشويه فيه فصار كالذكر الكبير وانما جواز الرقبة الكافرة خلاف ما قاله الشافعي فلقوله تعالى
فتحرير رقبة وهو عام ولانها رقبة كاملة الرق والاعضاء لم يسلم له عنها بدل فجاز عتقها في الكفارة
كالمسلمة فان قيل انه تكفير بعتق فلا يجوز فيه الرقبة الكافرة اصله كفارة القتل قيل له كفارة
القتل وجبت بهتك حرمة النفس وهذه الكفارة وجبت بتحريم ملكه وحكم هتك حرمة النفس
اعظم فاذا تغلظت الكفارة لتغلظ احدى الحرمتين لا يجب ان تغلظ الاخرى **قال** ولا تجزئ
العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين وذلك لان منفعة الجنس قد فقدت فمنع ذلك من
العتق كالميت **قال** ويجوز الاصم والمقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف اما
المقطوع من خلاف فمنفعة المشي والبطش فيه باقية فصار كالاعور وقد قال الشافعي
انه لا يجوز وان كانت انملة من ابهامه مقطوعة لانه نقص يضر بالعمل ضررا بينا فصار كالمقطوع
اليدين وهذا لا يصح لان المقطوع اليدين قد عدمت فيه منفعة الجنس فصار كونه في مسألتنا
لم يعدم فهو كقطع انملة من السبابة واما الاصم فكان القياس ان لا يجوز لان منفعة الجنس
قد عدمت والاستحسان ان يجوز لان الاصم يسمع اذا صاح الانسان به فمنفعة الجنس
باقية وانما هي ناقصة وذلك لا يمنع واما الذي لا يسمع فهو الاخرس وذلك لا يجوز عتقه في
الكفارة **قال** ولا يجوز المقطوع ابهامي اليدين وذلك لان قطع الابهام قد ذهب بقوة اليد
ومنع العمل بها فصار كقطعها فاما المقطوع الاذنين فيجوز لان الاذن الشاخصة وانما
تراد للزينة وعدمها لا يبطل منفعة الجنس فلم يمنع العتق **قال** ولا يجزئ المجنون الذي
لا يعقل لان منفعة الجنس معدومة فيه فهو كالميت **قال** ولا يجزئ عتق المدبر وام
الولد والمكاتب اذا ادى بعض المال اما ام الولد فرقها ناقص بدليل انه يستحق بغير
الكفارة والواجب عليه ايقاع العتق في رق كامل ولم يوجد ذلك واما المدبر فلان
رقه ايضا ناقص ولان عتقه يتعلق بموت المولى على الاطلاق فصار كام الولد واما
المكاتب الذي ادى بعض المال فلا يجوز لان المولى قد سلم له العوض عن رقه فاذا تم في عتقه
وصار كالعتق على مال فلم يجز عن الكفارة ولذلك لا يجوز ان يعتق عن كفارته عبدا على مال
ولان عتق الكفارة مستحق على وجه القربة والعوض يبطل معنى القربة الدليل عليه قوله
صلى الله عليه وسلم بشر امتي بالسناء والتمكين ما لم يعملوا عملا للآخرة ويبتغوا به الاجر
قال فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز وقال زفر لا يجوز وهو قول الشافعي لنا انها

رقبة كاملة الرق والاعضا فجاز عتقها عن الكفارة اذا لم يسلم له عوض عن شي منها اصله العبد
القن والدليل علي كمال رق المكاتب انه اذا عجز جاز بيعه ولو اوجبت الكتابة نقصًا لم يرتفع ذلك
النقص ابدا كالاستيلاد وجه قول زفر انه عتق مستحق بغير سبب الكفارة فلا يجوز صرفه الي
الكفارة اصله عتق ام الولد وهذا يبطل به اذا اعتق عبدا بشرط ثم اعتقه عن كفارته قبل
وجود الشرط والمعني في ام الولد وهذا يبطل به اذا اعتق عبدا بشرط ثم اعتقه عن كفارته
قبل وجود الشرط والمعني في ام الولد ان رقها ناقص بدليل انها لا تعود الي كمال المملوك القن
بحال وهي في ملك المولى وفي مسئلتنا بخلافه **قال** فان اشتري اباه او ابنه ينوي بالشرى
الكفارة جاز عنها وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وبه قال زفر والشافعي
وجه الاستحسان انه ذو رحم محرم فجاز عتقه عن كفارته اصله ولان السبب الموجب
للحرمة من جهته وجد مقارنا بنية الكفارة فصار كقوله لعبده انت حر وجه القياس انه عتق
مستحق بسبب الكفارة فلا يجوز صرفه الي الكفارة كعتق ام الولد الجواب ان عتق ام الولد
لا يجزي عن كفارة غيره فلم يجز عن كفارته وفي مسئلتنا بخلافه **قال** وان اعتق نصف
عبد مشترك عن كفارته وضمن قيمة باقيه فاعتقه لم يجزه عند ابي حنيفة وقال ابو
حنيفة وابو يوسف ومحمد يجزيه ان كان المعتق موسرا وقال الشافعي اذا اعتق نصيبه
ونوي عند الايقاع ان يكون العتق الموقع وما يسري اليه عن كفارته اجزاه وهذه المسئلة
مبنية علي جواز تبعيض الحرية فعند ابي حنيفة انها تتبعض فاذا اعتق نصيبه عتق ونقص نصيب
شريكه لاستحقاقه للحرية ولتعذر التصرف فيه بالتمليك وذلك النقص لم ينصرف الي الكفارة
لانه ليس في ملكه واذا كان كذلك لم يجز عتقه عن الكفارة مع نقصانه واما علي اصلهما فان
العتق لا يتبعض وعتق البعض عتق للجميع فيجوز عن الكفارة اذا كان المعتق موسرا واما اذا
كان المعتق معسرا فقد لزم العبد السعاية فصار بمنزلة العتق علي عوض فلا يجزي عن الكفارة
واما الشافعي فعنده ان العتق لا يتبعض بحال اليسار بعتقه البعض عتق الجميع فيجزي وفي حال
الاعسار يعتق نصيب المعتق ولا يتبعض الباقي لانه لا يستحق الحرية ويجوز تصرفه فيه بالبيع
فاذا ملكه فاعتقه جاز **قال** وان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز
وهذا الذي ذكره استحسان وكان القياس ان لا يجزيه عند ابي حنيفة لانه لما اعتق النصف
صار النصف ناقصا بعتقه فلا يجزيه كالعبد المشترك الا انه استحسن في ذلك وقال

يجوز

يجوز لان ذلك النقص الذي حصل بعتق النصف الاول نقص من ملكه حصل بتعلقه فينصرف
الي الكفارة فصار كانه اعتق نصفه وجزوا ثم اعتق الباقي **قال** وان اعتق نصف عبده
ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة لان من اصله ان
العتق يتبعض وقد امر الله تعالي بتقديم العتق علي المسيس فاذا وجد المسيس في خلال
العتق صار العتق علي الوجه المامور فلا يجزيه فاما علي اصل ابي حنيفة ومحمد فالعتق لا يتبعض
فعتق البعض عتق الجميع فيجزي ذلك عن الكفارة **قال** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته
صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم فطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق يق
وذلك لقوله تعالي فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والصوم الواقع في شهر رمضان
لا يقع في غير رمضان عندنا فلا يعتد به في باب الكفارة لاستحالة ان يقع الصوم الواحد عن
صومين واجبين واما يوم الاضحى والفطر وايام التشريق فالصوم فيها ناقص لانه منهي عنه
والواجب عليه صوم كامل فلا يجزي عنه الناقص **قال** وان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يبطل صومه وبه قال الشافعي وجه قولهما قوله تعالي فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا وهذا يقتضي صوم شهرين لا مسيس قبلهما ولا في بعضهما فاذا جامع في خلالهما
فلم يوجد الصوم المامور به فلا يجزيه ولانها صفة منصوص عليها في صوم الكفارة فاذا تركه
ناسيا ابطل صوم الكفارة اصله التتابع وجه قول ابي يوسف انه وطي لا يفسد الصوم فلا
يقطع التتابع اصله وطي غيرها الجواب ان وطي غيرها منع منعا يخص الصوم والتتابع فما بطل
التتابع **قال** وان افطر في يوم منها بعذر او غير عذر استانف وذلك لان الله تعالي اوجبها
بشرط التتابع فاذا عدم الشرط لم تجزه وقال الشافعي في احد قوليه لا يستانف لانه فرق صوم
الشهرين بما لا ينسب فيه الي التفريط فلم يمنع التتابع كالفطر بالحيض وهذا لا يصح لان الحيض
في صيام الشهرين لا يخلو منه في العادة فهو كيوم النحر كما ان الليل والمرض يجوز ان يخلو الصوم
منه في العادة فهو كيوم النحر وكما لو انسي النية من الليل **قال** واذا ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة
الا الصوم وذلك لان العبد عندنا لا يملك وان ملك والعتق والصدقة لا تجوز الا بعد الملك
فلم يوجد فصار من هذا الوجه بمنزلة الفقير فتكون كفارته الصيام **قال** فان اعتق المولي عنه
او اطعم لم يجزه وذلك لما بينا ان من شرط التكفير بالاطعام والعتق الملك والعبد لا يملك وان ملك

فما فعله المولى يقع عن نفسه فلا يجزي في الكفارة ولا يشبه هذا الحر الفقير اذا امره غيره ان يكفر
عنه بالاطعام او العتق انه يجوز لان امره له بمنزلة قوله اقرضني ما اطعم عني في الكفارة او ملكني
وهو ممن يملك فيقوم الفقير مقامه فيصير قابضا للمكفر ثم قابضا لنفسه فاما العبد فلا يصح ان
يملك وان ملك فلذلك لم يجز قال واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا كل مسكين
نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك وقال الشافعي من كل نوع مد لنا ما رواه
الشيخ ابو الحسن في جامعه في قصة خولة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فليطعم وسقا من تمر
ستين مسكينا وروي من طريق اخر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فليطعم ستين مسكينا قلت
يا رسول الله ما عندي قال فانا نعينه بعرق من تمر قال والعرق ستون صاعا ولان ما لا يتقدر
به الفطر لا يتقدر به طعام المسكين في الكفارة اصله ما دون المد فان قيل انه اطعام يجوز اخراجه
في الكفارة فلا يتقدر بالصاع اصله الحنطة قيل له المقصود بالاطعام هو الكفاية ومعلوم
ان ذلك لا يقع بالحنطة والشعير على وجه واحد فلم تجز التسوية بينهما واما قوله او قيمة ذلك
فعندنا يجوز اخراج القيمة في الكفارة وقال الشافعي لا يجوز وهذه المسئلة فرع على جواز
اخراج القيمة في الزكوة لان المقصود بكل واحد منهما سد خلة الفقير ودفع حاجته وهذا موجود
في القيمة فان قيل انه احد ما يقع به التكفير فلا يجزي عنه القيمة كالعتق قيل له العتق ليس بمال
فلا يمكن تقويمه والكسوة والاطعام كل واحد منهما مال فلم يجب بعقد معاوضة فجازت
القيمة فيه قال فان غداهم وعشاهم قليلا اكلوا او كثيرا جاز وقال الشافعي لا يجوز في الكفارة
الا التمليك لنا قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا وحقيقة الاطعام تفيد التمكين ولان المقصود
سد خلة الفقير وهو موجود في التمكين وهو اولى ايضا لانه يتيقن معه حصول الكفاية ولا
يتيقن مع الدفع فان قيل صدقة وجبت بالشرع فلا يجوز فيه التمكين اصله الزكاة قيل له قد روي
عن ابي يوسف انه يجوز التمكين فيها ولا نسلم على قوله الاول وان سلمنا فالفرق بينهما ان الله
تعالى اوجب الزكاة بلفظ الايتاء فقال واتوا الزكوة وبلفظ الصدقة وذلك يفيد التمليك واوجب
الكفارة بلفظ الاطعام وذلك يفيد التمكين فلذلك اختلفا قال وان اعطى مسكينا واحدا ستين
يوما اجزاه وقال الشافعي لا يجوز حتى يستوفي عدد المساكين اما انه حق يخرج من المال
كما جاز دفعه الى اثنين جاز تكرار دفعه الى واحد كالزكاة ولانه مسكين لم يستوف قوت
يومه من كفارة فجاز الصرف منها اليه كسائر المساكين فان قيل انه مسكين استوفى قوت يومه
من

من كفارة فاذا اعطي منها لم يجز اصله اذا اعطاها ثانيا في اليوم الاول قيل له هذا لا يصح لانه في اليوم
الثاني لم يستوف قوت يومه منها فجاز الدفع اليه كما يجوز الى غيره قال وان قرب التي ظاهر منها
في خلال الاطعام لم يستوف وذلك لان الوطء لم يمنع منه لمعنى يختص بالاطعام الا ترى ان الله
تعالى لم يشترط في الاطعام ترك المسيس وانما منع من الوطء لجواز ان يقدر على الصوم او العتق
والنهي اذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي عنه لم يقتض الفساد قال ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق
رقبتين لا ينوي احداهما بعينها جاز عنهما وان صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا
جاز وهذا الذي ذكره استحسان واما اذا كانتا من جنسين فانه لا يجوز الا بنية معينة وقال
الشافعي اذا نوى الكفارة فيهما جاز وتسقط عنه لانهما عبادتان اختلف جنسهما فاذا وجبت
النية لهما وجب التعيين اصله الصوم والصلاة فان قيل كفارة واجبة فلا يفتقر جوازها الى
تعيين سببها اصله اذا كان عليه كفارتان من جنس واحد قيل له لم حكم الجنس الواحد في نية التعيين
يخالف الجنسين بدلالة ان قضاء ايام من رمضان لا يجب فيه نية التعيين وقضاء رمضان وصوم
النذر يفتقر الى تعيين النية لاختلاف جنسهما قال وان اعتق رقبة واحدة او صام شهرين كان له
ان يجعل ذلك عن ايهما شاء يعني اذا نوى بذلك الكفارة وذلك لانهما من جنس واحد وما كان من جنس
واحد لا يحتاج الى تعيين التكفير فاذا وجد ذلك صح وله ان يصرفه لايهما شاء لتساويهما وقد قال
اصحابنا يجوز صرف الكفارة الى فقراء اهل الذمة وقال الشافعي لا يجوز لنا انها صدقة تجب
بسبب من جهته فجاز صرفها الى اهل الذمة كصدقة النفل فان قيل انه مال يجب دفعه الى الفقير
بالشرع فلا يجوز صرفه الى اهل الذمة اصله الزكاة قيل له الزكوة اخذها الى الامام وهو قائم مقام
المسلمين فدل انها حقهم فلا يجوز صرفها الى غيرهم وليس كذلك الكفارة لانه لا حق للامام فيها
فهي كصدقة النفل

باب اللعان

الاصل في ثبوت اللعان ما روي
عن ابن مسعود انه قال كنا جلوسا في المسجد فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله ارايتم الرجل
يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم جعل يقول
اللهم افتح اللهم فنزلت اية اللعان وقد كان موجب قذف الزوج في اول الاسلام الحد وقد
دل على ذلك قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وهو
عام في الاجنبيات والزوجات ولما روي في قصة ابن مسعود ان الرجل قال وان تكلم جلدتموه
وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية ائتني باربعة يشهدون معك والا فحد في

ظهرك وقالت اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قذف هلال زوجته الان يجلد هلال
بن امية وتبطل شهادته في المسلمين ثم فسخ ذلك في الزوجات باية اللعان فصار موجب قذف
الزوج اللعان وقال الشافعي موجب قذفه الحد ولكن جعل له ان يسقطه باللعان ذ لنا
قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع
شهادات بالله فذكر قذف الزوج وحكمه وهو اللعان فالظاهر انه جميع الحكم المتعلق به
ولان قول الانسان اذا اوجب عليه حقا لادمي فانه لا يملك اسقاط ذلك الحق عن نفسه بقوله
اصله الاقرار وقذف الاجنبي فان قيل قذف مسلمة عفيفة فيتعلق بها فوجب ان يلزمه الحد
اصله اذا قذف اجنبية قيل له قذف الاجنبية لما وجب به الحد لم يملك اسقاطه عن نفسه بقوله
فلو كان قذف الزوجة يجب به الحد لم يسقط بلعانه قال رحمه الله اذا قذف الرجل زوجته
بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب
القذف وجب عليه اللعان وهذه الجملة تشتمل على مسائل منها ان قذف الزوج لا يوجب
اللعان حتى يكون الزوجان من اهل الشهادة وتكون المراة ممن يحد قاذفها وقال الشافعي كل زوج
صح طلاقه صح لعانه لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اربعة لا لعان بينهم
وبين ازواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولانه
ليس من اهل الشهادة فلا يثبت اللعان بينه وبين زوجته كالصبي والمجنون ولان الانه لو قذ
اجنبي لم يجب عليه الحد فاذا قذفها الزوج لم يلاعن كالصغيرة فان قيل قال الله تعالى والذين يرمون
ازواجهم ولم يفصل قيل له لما استثنى الزوج من الشهداء دل على انه منهم لان الاستثناء من
جنس المستثنى منه والكافر والعبد ليسا من اهل الشهادة فلا يتناولهما الاية ومنها انه يعتبر
عندنا ان تكون المراة ممن يحد قاذفها وذلك لان موجب قذف الزوج اللعان كما ان موجب
قذف الاجنبي الحد فاذا كانت المراة على صفة لا يثبت معها موجب احد القذفين لم يثبت
موجب الاخر ومنها ان اللعان يثبت بنفي الولد وذلك لانه اذا نفاه عن نفسه صار قاذفا
وقذف الزوج يجب به اللعان فان قيل نفيه عن نفسه لا يتضمن القذف لجواز ان يكون
من غيره ولا يكون زانية مثل ان يكون قد وطئت بشبهة قيل له هذا لا يصح لان هذا
الاحتمال موجود وكل من قال لرجل لست لابيك ومع ذلك هو قاذف بالاجماع
منها ان وجوب اللعان على الزوج موقوف على مطالبة المراة لانه حقها فوقف

بمطالبتها كسائر الحقوق قال فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد
وقال الشافعي اذا امتنع حده القاضي حد القذف وهذا فرع على اختلافهم في موجب قذف الزوج
فعندنا انه اللعان فاذا امتنع منه فقد منع حقا عليه مقدرا على ايفائه فيحبس حتى يوفيه كالديون
وذلك الحق هو اللعان او اعترافه بعفافها ويكون ذلك بالاكذاب وعند الشافعي موجب قذف
الزوجة الحد وانما جعل له ان يسقطه باللعان فاذا امتنع من اللعان استوفي منه الحد قال
فان لاعن وجب عليها اللعان وهذا الذي ذكره يقتضي ان يبتدئ الزوج باللعان لانه في حكم
الشاهد عليها بقذفه وهي مسقطة بشهادتها ما حققه عليها من الزنا فلا يصح ان تبتدئ المراة
كما لا يصح ان يبتدئ المدعى عليه بما يسقط الدعوى عن نفسه قال فان امتنعت حبسها
الحاكم حتى تلاعن او تصدقه وقال الشافعي اذا امتنعت حدت حد الزنا وهذا فرع على ان
لعان الزوج يوجب عليها اللعان عندنا فاذا امتنعت من حق لزمها تقدر على ايفائه حبست
وعند الشافعي لعان الزوج يحقق عليها الزنا فيجب الحد ثم يسقط بلعانها فاذا لم تلاعن حدت
وهذا ليس بصحيح لان اللعان قول القاذف فلا يحقق الزنا على المقذوف وان كرره كقذف
الاجنبي ولان الزوج لو شهد عليها بالزنا مع ثلث نفر بعد قذفها لم يتحقق عليها الزنا فاذا شهد
وحده اولى فان قيل ان اللعان حجة يسقط بها موجب القذف عن القاذف فيتحقق بها الزنا
على المقذوف اصله البينة قيل له البينة لما وجب بها الحد لم تملك اسقاطه بقولها فلو وجب
بلعانه عليها الحد لم يسقط بلعانها فادمنا اذا صدقته فقد اقرت بالزنا فخرج الزوج من
ان يكون قاذفا ويسقط عنها اللعان قال واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا
في قذف فقذف امراته فعليه الحد وذلك لان قذفها قذف صحيح وانما يسقط اللعان
بمعنى من جهة الزوج وهو كونه على صفة لا يصح منه اللعان واذا سقط اللعان بمعنى
من جهة الزوج وجب عليه الحد كما لو اكذب نفسه قال وان كان من اهل الشهادة والمراة
امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها فلا حد عليه ولا لعان وذلك لان
الامة والكافرة قذفها ليس بصحيح بدليل ان اجنبيا لو قذفها لم يحد واذا كان القذف غير
صحيح لم يتعلق به حد ولا لعان وكذلك اذا كانت الزوجة ممن لا يحد قاذفها مثل ان تكون
صغيرة او مجنونة او زانية فلا لعان لان اللعان في حق الزوجات جعل بمنزلة الحد في حق
الاجنبيات فاذا كان القذف لا يتعلق به الحد في حق الاجنبية لم يتعلق به اللعان في حق

الزوجة واما اذا كانت الزوجة بالغة عاقلة عفيفة غير انها محدودة في قذف فقذف الزوج
لها قذف فصحيح الا ان اللعان يسقط بمعنى من جهتها وهو كونها من غير اهل الشهادة ومتى سقط
اللعان بمعنى من جهة المراة لم يجب على الزوج الحد اصله ان اصدقته وقد قال اصحابنا اذا كان
كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها الزوج فعليه الحد لان اللعان يسقط لمعنى من
جهة الزوج فكانه اكذب نفسه فان قيل انما يسقط اللعان لمعنى في المراة بدليل ان الزوج لو
كان غير محدود يسقط اللعان ايضا فكان يجب ان لا يحد قيل له صفات المراة انما يؤثر في
اسقاط اللعان اذا كان الزوج من اهل اللعان فاذا لم يكن كذلك فالمانع من اللعان ما حصل
فيه دون ما حصل في الزوجة وقد قالوا في المراة اذا وطيت بشبهة فقذفها الزوج فلا لعان
عليه ولا حد على قاذفها ثم رجع ابو يوسف فقال يجب بقذفها الحد واللعان وجه قولهما
انها تشبه الزانية لانها وطيت في غير ملك فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها واذ
سقط الحد عن قاذفها سقط اللعان وجه قول ابي يوسف انه وطي يتعلق به ثبوت
النسب والمهر لا يمنع من صحة القذف كالوطي بالنكاح قال وصفة اللعان ان يبتدي القاضي
بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من
الزنا ثم يقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير
اليها في جميع ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين
فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني
به من الزنا والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه
ان كان من الكاذبين ويدرؤا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين
والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين وهذا اخبار عما يجب بقذف الزوج
من الشهادة فلا بد ان يذكر عند الاداء لفظ الشهادة على الوجه المشروط ويأتي بذكر ما يشهد
عليه فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا واما قوله يشير اليها
في جميع ذلك فهكذا ذكر ابو الحسن وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يحتاج
ان يأتي بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا وهو قول زفر وجه قول ما ذكره
ابو الحسن انه اذا قال فيما رميتها واشار اليها فالاشارة اكد في التعريف من اللفظ

فلابد

فلا فرق بين ان يأتي بهذا اللفظ كناية او مواجهة وجه رواية الحسن ان خطاب المواجهة لا احتمال
فيه وفي الكناية احتمال فما لا احتمال فيه اولى وقد قال اصحابنا ان شهادة اللعان ايمان
مقام الحد واكدت باليمين وقال الشافعي اللعان يمين لنا قوله تعالى والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات فسمى ذلك شهادة
واستثنى الزوج من جملة الشهداء فهذا يدل على انه شهادة فان قيل لما قال اربع شهادات
بالله دل على انه يمين لان الشهادة لا تفتقر الى ذكر الله واليمين قد تكون بلفظ الشهادة
قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله قيل له الشهادة في بدو الاسلام كانت
موكدة باليمين قال الله تعالى فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما فاذا ذكر اللعان
باسم الله تعالى فقد بقي على ما كانت الشهادة عليه وذلك لا يخرجه من ان تكون شهادة
قيل له لو كان شهادة لم يصح من الاعمى والفاسق قيل له الاعمى من اهل الشهادة وتقبل
شهادته عندنا في النسب والنكاح وانما لا يقبل فيما لا يتميز فيه المشهود عليه وهذا
المعنى لا يحتاج اليه في اللعان واما الفاسق فهو من اهل الشهادة بدليل انه لو شهد فردت
شهادته ثم تاب فاعادها لم يقبل ولو لم يكن ما شهد به اولا شهادة صحيحة في انا نبي كالكافر اذا
شهد ثم اسلم فاعادها ولو شهد الفساق بالزنا لم يجب الحد عليهم ولو لم يكن قولهم شهادة
حدوا كالعبيد قال فاذا التعنا فرق القاضي بينهما وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما وقال
الشافعي تقع الفرقة بالفراغ من لعان الزوج لنا ما روي في حديث سهل بن سعد قال
لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بين عويمر العجلاني وامراته فلما التعنا قال كذبت عليها ان
امسكتها هي طالق ثلثا قال سهل ففارقها قبل ان يامره النبي صلى الله عليه وسلم بفراقها
وذكر هذا الخبر ابو داود وقال فيه فطلقها ثلث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه
وسلم فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه
وسلم سنة فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا فوجه الدليل
من ذلك انه لو كانت الفرقة وقعت بلعانهما او بلعان الزوج لم يقع الطلاق ولا امضاه
عليه السلام ولا انكر عليه وبين له بطلان اعتقاده ان الطلاق يقع وقوله فمضت السنة
بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما يدل على ان الفرقة تقع بالتفريق لا باللعان ولانها فرقة
تختص بسببها بحضرة الحاكم فوجب ان لا تقع الفرقة بغير تفريق اصله فرقة العنين فان قيل

لما روي عن النبي عليه السلام انه قال المتلاعنان لايجتمعان ابدا قيل له هذا دليل عليك لان
النبي عن الاجتماع يقتضي وجود الاجتماع على النكاح الا ترى ان النهي لا يصح عما لا يتصور وجوده
فان قيل كل معنى يمنع اقرارها على النكاح وقعت به الفرقة دون حكم الحاكم اصله الطلاق
والردة والرضاع قيل له المعنى في الاصل ان الفرقة لما وقعت له اذا وجد سببها بغير حضرة
الحاكم لم تمنع الفرقة فدل انها تقف على الحاكم قال وكانت الفرقة تطليقة باينة عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تحريم موبد وجه قولهما انها فرقة تتعلق بسبب من جهة
الزوج طارئ على النكاح مختص به فكانت طلاقا كقوله انت كالقود ولانها فرقة تقع بحكم قول
الزوج فلا يوجب تحريما موبدا كالفرقة الواقعة بالخيار وجه قول ابي يوسف وهو قول زفر
والحسن قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لايجتمعان ابدا الجواب ان المتلاعن من بقي على حكم
اللعان ومتى اكذب الزوج نفسه لم يبق على حكم اللعان فلم يتناوله الحكم وقد قال الشافعي
ان فرقة اللعان فسخ وليس بطلاق قال لانها فرقة يوجب تحريم عقد النكاح تحريما لا يرتفع
باصابة وطء زوج فلم يكن طلاقا كفرقة الرضاع وهذا غير صحيح لان اصابة الزوج يوثر
في التحريم الذي حصل باستيفاء العدد وهذه الفرقة طلاق باين فيرتفع بزوال ما اوجب
التحريم فالتحريم في الطلاق وقع بزوال الملك فحلت بالعقد المفيد للملك وفي اللعان التحريم
حصل باللعان وزوال الملك فلابد من زوال حكمهما حتى يزول التحريم قال وان كان القذف
بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وذلك لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
فرق بين هلال بن امية وبين امراته بعدما تلاعنا وقضى بان الولد لها ولا يدعى لاب ولان
غرض الزوج بالقذف اذا كان بولد ان ينفي عن نفسه ولدا ليس منه فلزم القاضي ان يجيبه
باللعان قال فان عاد الزوج فاكذب نفسه حده القاضي وحل له ان يتزوجها
وذلك لانه اذا اكذب نفسه فقد اعترف بوجوب الحد عليه فاذا حده القاضي خرج
بذلك من ان يكون من اهل اللعان فلم يبق حكم اللعان المتقدم واذا زال حكمه زال التحريم
المتعلق به فحل له تزويجها لزوال التحريم ولان الاحكام المختصة باللعان تحريم الاجتماع
ونفي النسب ومعلوم ان نفي النسب لا يتابد كذلك التحريم هذا كله على قول ابي حنيفة ومحمد
قال وكذلك ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت وذلك لما بينا ان الزوج يخرج
من اهل اللعان باقامة الحد عليه واذا حدت المراة خرجت من ان يثبت اللعان في حق

فيسقط حكم ذلك اللعان المتقدم ويزول التحريم المتعلق به قال واذا قذف امراته وهي صغيرة
او مجنونة فلا لعان بينهما لان هذا قذف ليس بصحيح بدليل انه لو قذفها اجنبي لم يحد واذا لم يصح
القذف لم يتعلق به لعان وكذلك الصبي والمجنون اذا قذف زوجته فلا لعان لان كل واحد
منهما ليس له قول صحيح ولا يتعلق بقوله حكم الدليل عليه سائر اقواله قال وقذف الاخرس
لا يتعلق به اللعان وقال الشافعي يصح قذفه ولعانه لنا ان الاشارة قايمة مقام الصريح
فلا يصح بها القذف كالكناية ولانه لم يوجد منه لفظ الشهادة فلا يصح لعانه كالصحيح اذا لاعن
فان قيل كل زوج يصح طلاقه صح لعانه او صح قذفه كالناطق قيل له الطلاق يعتبر بالصريح
وبالكناية والقذف لا يصح بغير الصريح فلا يعتبر احدهما بالاخر والمعنى في الناطق انه وجد
منه صريح القذف فهو كالناطق اذا قذف بالكناية قال واذا قال الزوج ليس حملك مني
فلا لعان وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل
من ستة اشهر لاعن وان جاءت لاكثر من ستة اشهر فلا لعان وهو قول ابي حنيفة الاول وقال
الشافعي يلاعن وينفي القاضي الحمل لهما انه يحتمل ان تكون حاملا ويحتمل ان لا تكون فاذا تعلق
القذف بنفي الحمل صار كانه قال ان كنت حاملا فهو من الزنا والقذف لا يصح تعليقه بالشروط
وجه قول ابي يوسف ومحمد انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر احتمل الوصية فاذا اتيقنا
وجوده وقد نفاه الزوج لاعن واذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر احتمل ان يكون الحمل حادثا
ولهذا لا يستحق الوصية فلم يتيقن وجوده فلا يلاعن بالشك فان قيل روي ان هلال
بن امية قذف امراته فلاعن النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ونفى حملها قيل له لا دلالة فيه
لان هلالا قذف امراته بصريح الزنا وروي ذلك ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم
ان رجلا من الانصار جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا
فان قتله قتلتموه القصة وذكر فيها انه راى رجلا شريكا على بطنها ومتى صرح بالقذف
فانه يلاعن فاما ما روي من نفي الحمل فالنبي صلى الله عليه وسلم علم وجوده من طريق الوحي
ولهذا قال ان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك والمانع عندنا من نفي نسب الحمل انا لا
نتيقن وجوده فاذا علم ثبت اللعان عليه قال واذا قال زنيت وهذا الحمل من الزنا
تلاعنا ولم ينف القاضي الحمل اما ثبوت اللعان فلانه قذفها بصريح الزنا وهما من اهل
اللعان واما قوله ولم ينف القاضي الحمل فصحيح لان عند اصحابنا جميعا لا ينفى نسبه

وهو حمل لان هذا حكم عليه والاحكام لا تثبت للحمل ولا عليه قبل الولادة كما لا يحكم له باستحقاق الوصية والميراث قال وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة في الحال التي تقبل التهنئة وتبتاع اله الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد نفيه في مدة النفاس وقال الشافعي في احد قوليه على الفور وقال في قول اخر الى ثلثة ايام وجه قول ابي حنيفة انه اذا نفاه عقيب الولادة انتفى بالاجماع وان لم ينفه حتى تطاولت المدة لم يملك نفيه بعد ذلك فاحتجنا الى حد فاصل بينهما ومعلوم ان الانسان لا يشهد على نفيه بنسب ولده وانما تقبل التهنئة ويبتاع اله الولادة فاذا فعل ذلك او مضى من المدة ما يمكنه ان يفعل ذلك فيه في العادة وهو ممسك عن نفيه كان الظاهر انه معترف به فلا يملك نفيه بعد ذلك وجه قولهما ان مدة النفاس اجريت مجرى حال الولادة بدليل سقوط الصلاة والصوم فكذلك في باب نفي الولد واما ما قاله الشافعي فلا يصح لان نفي النسب لا يجوز حتى يغلب على الظن انه ليس منه بالامارات التي يستدل بها وهذا لا يقع على الفور فان قيل انه خيار لدفع ضرر متحقق فاذا لم يكن على التابيد كان على الفور كالرد بالعيب قيل له هذا يجيء على اصلكم فاما عندنا فخيار العيب على التابيد واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا نفاه بعد ذلك لم ينتف ولاعن اما ثبوت اللعان فلانه اذا نفاه عن نفسه صار قاذفا للزوجة فيلاعن وانما لا يصح نفيه لان مضي التهنية قبل نفيه بمنزلة اقراره به ومن اقر بنسب ولد لم يصح رجوعه عنه ولان ثبوت النسب حق الولد فاذا ثبت له بالتزامه لم يملك الرجوع عنه قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحد الزوج اما ثبوت نسبهما فلانه حمل واحد فلا يثبت نسب بعضه دون بعض كالولد الواحد واما وجوب الحد عليه فلانه اذا نفى الاول فقد قذفها فاذا اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة فصار مكذبا لنفسه فيحد قال وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما ولاعن وقال الشافعي يحد اما ثبوت نسبهما فلما بيناه واما ثبوت اللعان فلانه اذا اقر بالاول فقد وصفها بالعفة فاذا نفى الثاني فقد وصفها بالزنا فكانه قال هي عفيفة ثم قال هي زانية فتلاعن فان قيل قد اكذب نفيه بالاعتراف الاول قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق به الحد الا ترى ان من قال قذفت هذه المراة وانا كاذب في قذفها ثم قذفها فانه يلاعن ولا يحد كذلك هذا

كتاب العدة

العدة هي التربص الذي يلزم المراة بزوال النكاح او شبهته وهي على ثلثة اضرب الحيض والشهور ووضع الحمل على ما يجيء تفصيله قال رحمه الله اذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء والاصل في ذلك قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولانها عدة موضوعة للاستبرا والحيض يحصل به الاستبرا فيحصل به العدة وهذا دليل في الفرقة الواقعة بالطلاق فاما العدة المتعلقة بالفرقة التي ليست بطلاق فيقع بالحيض ايضا قياسا على عدة الطلاق فانها عدة تتعلق بفرقة طارية على النكاح قال والاقرا الحيض وقال الشافعي الاطهار وتصور الخلاف اذا طلقها في الطهر قال اصحابنا تنقضي عدتها بخروجها من الحيضة الثالثة وعنده تنقضي بالدخول في الثالثة لنا قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء فذكرها جمعا مفصلا بعدد فظاهره يقتضي استغراق العدد كقوله رايت ثلثة رجال ومعلوم ان الله تعالى امر بايقاع الطلاق في الطهر ولو كانت الاقرا الاطهار اعتدت بطهرين وبعض الثالث واذا كانت الحيض اعتدت بثلثة كاملة فكان حمل الاسم على ما يستغرق العدد فيه اولى ولان اهل اللغة قالوا ان اسم القروء يصلح للحيض والطهر ذكر ذلك ابن السكيت في كتاب الاضداد وذكره غيره ايضا وهذا لا يمكن انكاره وقد اجمعوا ان الاقرا المذكورة في الاية لم يرد بها الامرين وانما المراد احدهما والظاهر ان الحيض هو المراد لان النبي صلى الله عليه وسلم تكلم به فقال لفاطمة بنت ابي حبيش اذا اتاك قرؤك فدعي الصلاة وقال في حديث ام سلمة المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرايها ولان الحيض يتناول اسم القروء بكل حال والاطهار لا تسمى قروا الا اذا تخللت الحيض فلما انتفى الاسم عن الطهر في حال دل انه مجاز وهذا كله يدل على ان حمل القروء على الحيض اولى وقد روي في حديث عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان انفصال جزء من الحيض معتبر في انقضاء العدة وما اعتبر في انقضاء العدة انقضاه اعتبر انفصاله بكماله اصله الحمل فان قيل اذا كان الاسم يتناولهما جميعا واجمعنا ان المراد احدهما كان حمله على الطهر اولى لانه يتعقب الطلاق وهي معتدة عقيبه وايضا فان الاسم اذا تناول احد امرين حمل احدهما قيل له انما يحمل على اولهما اذا كان الاسم يتناولهما على وجه واحد فاما اذا كان حقيقة في احدهما مجازا في الاخر ومطلقا في احدهما ومقيدا في الاخر فالواجب حمله على الحقيقة وعلى المطلق وان تاخر ولا نسلم ان الاسم يتناولهما

على وجه واحد على ما بيناه في اخراجزا الطهر فعلى موجب قولهم يجب حمله على الحيض هاهنا قال
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر وذلك لقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللاي لم يحضن قال وان كانت حاملا فعدتها ان
تضع حملها وذلك لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن قال وان كانت امة
فعدتها حيضتان وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان
وعن عمر انه قال عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا قال وان كانت لا تحيض
فعدتها شهر ونصف وهو احد قولي الشافعي وقال في قول اخر ثلثة اشهر وفي قول اخر شهران
لنا ما روي عن عمر انه قال عدة الامة بالشهور نصف عدة الحرة ولو استطعت لجعلت
عدتها حيضة ونصفا ولانها عدة تتبعض فكان للرق تاثير في نقصانها كالعدة بالحيض ولان
الرق اذا اثر في بعض العدة وجب ان يكون على التنصيف كالحد ومدة القسم فان قيل عدتها
حيضتان وكل شهر قائم مقام حيضة قيل له بل عدتها حيضة ونصف ولكن لما لم يتبعض
الحيض وجب بعضه وجب باقيه والشهور تتبعض فاما العدة بوضع الحمل فيستوي فيها
الحرة والامة لانه مما لا يتبعض قال واذا مات الرجل عن امراته الحرة فعدتها اربعة
اشهر وعشر وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا وهذه العدة لا تجب الا في نكاح صحيح ويستوي فيها المدخول بها
وغير المدخول بها لان الله تعالى اوجبها مطلقة ولم يفصل بين الدخول وغيره واوجبها بموت
الزوج واطلاق ذلك يقتضي من كان نكاحه صحيحا قال وان كانت امة فعدتها شهران وخمسة
ايام لان هذه عدة تتبعض فكان عدة الامة على النصف من عدة الحرة كالعدة بالشهور د
وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها يعني المتوفى عنها وقال علي عليه السلام عدتها ابعد
الاجلين لنا قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام وعن عبد الله
بن مسعود انه قال من شاء باهلته ان سورة النسا القصرى نزلت بعد قوله اربعة اشهر
وعشرا بل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر سبيعة بنت الحرث وكانت وضعت
بعد وفاة زوجها بايام ان تتزوج وعن عمر انه قال لو وضعت ما في بطنها وزوجها
على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج وجه ما ذكره علي رضي الله عنه ان وضع
الحمل وضع للعلم ببراءة الرحم ووجوب العدة بالشهور وضع على وجه العبادة بدليل

انه

انه يلزم الصغيرة والايسة فجمع بينهما قال واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عدتها ثلاث حيض وجه قولهما
ان المطلقة في حال المرض قد صارت في حكم المتوفى عنها زوجها في باب الميراث فكذلك ايضا في باب
العدة وهذا اولى لان الميراث لا يثبت بالشك والعدة تثبت على وجه الاحتياط فاذا صارت
في حكم المتوفى عنها زوجها في باب الميراث ففي باب العدة اولى وجه قول ابي يوسف ان العدة
لزمتها بالطلاق وانما ورثت لان الزوج متهم في الفرار وهذا لا يؤثر في العدة فبقيت على حالها قال
فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير وان اعتقت وهي
مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها وقال الشافعي في كل واحد منهما قولان في احدهما
تنتقل فيهما وفي الاخر لا تنتقل فيهما لنا ان المطلقة الرجعية زوجة فاذا لزمها العدة مع الحرية
كانت عدة الحراير كما لو طلقها بعد العتق فان قيل انها مطلقة فلا تنتقل عدتها بالعتق كالمبتوتة
قيل له المبتوتة فلا تنتقل عدتها بالوفاة فلم تنتقل بالعتق والرجعية بخلافه واما المبتوتة فلانها
عتقت بعد البينونة فلم يؤثر العتق في عدتها اصله المطلقة الرجعية اذا انقضت عدتها فان
قيل انها معتدة فوجب ان تعتبر عدتها بالحرية كالرجعية قيل له الرجعية زوجة بدليل انه يلزمها
عدة الوفاة فجاز ان يعتبر بالعتق عدتها والمبتوتة بخلاف ذلك قال وان كانت ايسة فاعتدت
بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وكان عليها ان تستانف العدة بالحيض وذلك لان
الشهور بدل عن الحيض والبدل لا يثبت له حكم مع القدرة على المبدل فاذا رات الدم انتقلت
اليه وسقط حكم الاشهر وهذا الذي ذكره ظاهر على الرواية التي لم تقدر اصحابنا فيها مقدار
الاياس فاذا ظهر انها قد ايست ثم رات الدم تبينا انها لم تكن ايسة فلم تعتد بالشهور واما على
الرواية التي قدروا فيها الاياس مقدارا فانها اذا بلغت ذلك المقدار ثم رات الدم بعده لم يكن
حيضا كما تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها واما الصغيرة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم بلغت
انتقلت عدتها الى الحيض لما بيناه قال والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض
في الفرقة والموت وذلك لان هذه العدة تجب على وجه الاستبراء فيستوي فيها الحالان جميعا
وعدة الوفاة تجب على وجه العبادة لحرمة النكاح وهذا السبب غير موجود في النكاح الفاسد
والوطء بشبهة قال واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال
الشافعي قرء واحد ومن اصحابه من قال ليس بعدة وانما هو استبراء لنا ما روي عن عمر وغيره

انهم قالوا عدة ام الولد ثلث حيض فسموا ذلك عدة ولانه وجب بزوال الفراش فكان عدة كالمزوجة
واذا ثبت انها عدة فاما ان تعتبر بعدة الاما او بعدة الحراير والنها كانت لم تتقدر بحيضة فان قيل
انها عدة تختلف بالرق والحرية فلم تجب على ام الولد كعدة الوفاة قيل له المعنى الذي يجب به العدة
على ام الولد في حياة مولاها هو الذي يجب به العدة عليها بموته وهو العتق فكذلك استوت العدتان
يبين ذلك ان الموطوة بعقد فاسد لما وجبت عليها العدة حال الحياة وبعد الموت بسبب
واحد استوت العدة كذلك هذا **قال** واذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها ان تضع
حملها وهذا الذي ذكره استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
تعتد بالشهور وجه قولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام
ولان ما جاز ان تنقضي به عدة امراة الكبير في الوفاة جاز ان تنقضي به عدة امراة الصغير كالشهور
وجه قول ابي يوسف انه ولد لا يجوز ان يكون منه قطعا فلا تنقضي به العدة اصله الولد الحادث
بعد الوفاة **قال** فان حدث الحبل بعد الموت فعدتها اربعة اشهر وعشرا وذلك لان هذا الحمل لا يتعلق
به حكم في الباقي ولا يلزم على هذا امراة الكبير اذا ظهر بها حبل بعد الموت لان هذا الحمل يثبت
نسبه فلم يكن بد من ان نحكم بوجوده عند الموت لاجل النسب وفي مسالتنا هذا الحمل لا يثبت
نسبه فلم يكن بنا حاجة الى الحكم بوجوده عند الموت واذا ثبت انه لا تنقضي به العدة كانت عدتها
بالشهور **قال** واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق
وذلك لان الحيض لا يتبعض فاذا كان بعض هذه الحيضة لا تعتد به من العدة فكذلك جميعها
واذا وطيت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان فيكون ما تراه من الحيض
محتسبا به منهما جميعا وقال الشافعي لا يتداخل العدتان من اصحابنا ان العدة اجل بقوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والاجل يجوز ان تنقضي في حق اثنين اصله سائر
الاجال ولان المقصود بالعدة في ذوات الاقرا العلم ببراة الرحم وهذا المعنى قد وجد في حقها
فانقضت العدة فان قيل لو كان المقصود براة الرحم لاقتصر على حيضة واحدة قيل له الحامل
قد ترى دم الحيض عندهم ودم الاستحاضة عندنا ولكن لا يتبين الا ذلك في العادة فاعتبر
مدة ثلاث حيض ليتيقن بها عدم الحمل فان قيل عدتان من اثنين فلا تتداخل كما لو كانتا من جنسين
قيل له اذا كانتا من جنسين تداخلت ما امكن الا ترى ان الحيض الذي تراه في مدة الاشهر تحتسب
به وانما لا يتداخل منهما ما لا يمكن التداخل فيه فهو كالعدتين من جنس واحد يسبق احدهما الاخرى

يمنع

يمتنع التداخل فيما يمكن منهما ولا يتداخل ما زاد على العدة الاولى **قال** فاذا انقضت العدة من الاول
ولم تكمل الثانية فان عليها تمام عدة الثاني وذلك لما بينا انهما يتداخلان وتحتسب ما تراه منهما
فاذا انقضت احداهما تممت الاخرى لان ما مضى احتسب به منهما **قال** وابتدا العدة في الطلاق عقيب
الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة روي مثل ذلك عن علي وابن عباس وابن مسعود ولان الفرقة
هي الموجبة للعدة فاذا وجدت وجب ان يعقبها العدة **قال** فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها وقال علي رضي الله عنه في المتوفي عنها ابتدا العدة من وقت يا تيها
الخبر لنا ان العدة مضي الزمان وذلك موجود وان لم تعلم به ولان انقضا العدة لا يقف على فعلها
الا ترى انها لو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدة انقضت عدتها وما لا يقف على فعلها فلا معنى
لاعتبار علمها فيه **قال** والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بينهما او عزم الواطي على ترك وطيها
وقال زفر من اخر ما وطيها وجه قول اصحابنا انها قد صارت فراشا بالوطي فتعتبر العدة من حين
الفرقة كالنكاح الصحيح وجه قول زفر ان المعنى الموجب للعدة في النكاح الفاسد الوطي فاذا
وجد تعلقت به العدة كالفرقة في النكاح الصحيح الجواب ان كل وطي يوجد في النكاح الفاسد يجري
مجرى وطي واحد بدليل انه يستند الى حكم العقد فما لم يوجد الفرقة والعزم على ترك وطيها فحكم
مرتقب فلا تثبت العدة مع جواز وجوده وقد قال اصحابنا اذا تاخر حيض المطلقة لعارض
او لغير عارض بقيت في العدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس وهو قول ابن مسعود وبه قال
الشافعي في الجديد وقال في القديم اذا تاخر لغير عارض انتظر الى ان يعلم براة الرحم ثم تعتد
بالشهور وهو قول عمر لنا انها بالغة يرجى منها الحيض فلا تعتد بالشهور كالتي تاخر حيضها لعارض
فان قيل المقصود من العدة براة الرحم وقد علمنا ذلك قيل له يبطل بها اذا ولدت فانت طالق
فعليها العدة مع علمنا ببراة الرحم **قال** وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة
الاحداد اما وجوبه على المتوفي عنها فلما روي ان ام حبيبة قالت لما بلغها موت ابي سفيان انتظرت
ثلثا ثم استطرت ما بي من طيب ولكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة تومن
بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت اكثر من ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما
المبتوتة فعليها الاحداد وقال الشافعي لا احداد عليها لنا ما روي في حديث ام سلمة ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحناطيب ولم يفصل ولانها مسلمة بانت
من زوجها ببينونة يتعلق بها تحريم الوطي وهي من اهل العبادات فلزمها الاحداد كالمتوفي عنها

زوجها فان قيل علة موجبها الوطي فلا يجب فيها الاحداد كعدة الصغيرة قيل له الصغيرة لا تخاطب
بامور الشرع فلم يلزمها الاحداد وفي مسئلتنا بخلافه قال وتترك الطيب والزينة والدهن والكحل
الا من عذر ولا تختضب بالحنا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران وذلك لما روي
في حديث ام سلمة انه عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال هو طيب فدل على المنع من
الطيب وروي ولا تلبس المعصفر ولا تلبس الحلي ولا تختضب ولا تكتحل واما المصبوغ بالعصفر
والزعفران فله رائحة مستلذة فاشبه الطيب واما الدهن فلما روي في حديث ام حبيبة
انها ادهنت بعد ثلث وقالت ما بي من طيب واما الكحل فانه يقصد به الزينة قال ولا احداد
على كافرة ولا صغيرة وقال الشافعي عليهما الاحداد لنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم
عن ثلث وهذا ينفي خطاب الصغيرة بالشرعيات ولانها عبادة من فروع الشرع فلا تجب في حق
الصغيرة والكافرة كالصوم والصلاة فان قيل انها معتدة من وفاة زوجها فلزمها الاحداد كال
المسلمة قيل له المعنى في الاصل انه يلزمها فروع الشرع والاحداد من فروع الشرع فلزمها وفي
مسئلتنا بخلافه قال وعلى الامة الاحداد وذلك لانها عبادة بدنية لا يسقطها حق المولى فلزم
الامة كالصوم والصلاة قال وليس في عدة النكاح الفاسد ولا في عدة ام الولد احداد وذلك لان
الاحداد يجب لحرمة الزوجية والنكاح الفاسد لا حرمة فيه واما ام الولد فعدتها من وطء في
كالمعتدة من نكاح فاسد قال ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة وذلك لقوله
تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا او اكننتم في انفسكم علم الله انكم ستذكرونهن
ولكن لا تواعدوهن سرا قال النبي صلى الله عليه وسلم السر النكاح فمنع من التصريح بالخطبة
فاما جواز التعريض فقد دل عليه اول الاية وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة
بنت قيس اذا انقضت عدتك فاذنيني وهذا تعريض وعن ابن عباس ان يقول اني اريد ان اتزوج
وعن سعيد بن جبير في قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفا اي اني فيك لراغب واني لارجوا ان
نجتمع قال ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا وذلك لقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة ولان نفقتها تجب على الزوج فلا
حق لها في الخروج كالزوجة قال والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت الا في منزلها وذلك
لما روي ان فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري قتل زوجها فاستاذنت النبي صلى
الله عليه وسلم في الانتقال فقال اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فمنعها من الانتقال

ولم يمنعها من الخروج فدل على جوازه وذلك لما روي ان نسوة من همدان نعي اليهن ازواجهن فسالن ابن مسعود
فقلن انا نستوحش فامرهن ان يجتمعن بالنهار فاذا كان الليل فلترجع كل واحدة الى بيتها قال وعلى المعتدة
ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة وذلك لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قال اصحابنا اذا زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها
ان تعود الى منزلها فتعتد فيه لانه الموضع الذي يضاف اليها قال فان كان نصيبها من دار الميت
لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت وذلك لان فعل العدة في منزل الطلاق عبادة واخراج
الورثة لها عذر والعبادات يوثر فيها العذر وعلى هذا قال اصحابنا في كل موضع يضطر الى الخروج مثل
ان تخاف سقوط منزلها او تخاف على متاعها او يكون باجرة ولا تجد ما تؤدي به فلها ان تنتقل لما ذكرنا واما
اذا كان نصيبها من دار الميت يكفيها في السكنى فانها تسكن فيه ولا تنتقل لانها تقدر ان تاتي بالعبادة
على وجهها فكان اولى قال ولا يجوز ان يسافر الزوج بالمطلقة الرجعية وقال زفر يجوز وهذا
الاختلاف مبني على ان السفر عند اصحابنا ليس برجعة لانه لا يختص بالنكاح الا ترى ان الانسان
يسافر بزوجته وبامته وما لا يختص بالنكاح لا يقع به رجعة وقال زفر هو رجعة لانه لا يريد
امساك المراة لا يسافر بها فصار السفر بمنزلة القبلة واذا ثبت عند اصحابنا ان السفر ليس برجعة
فلو جاز له ان يسافر بها لخرجت من بيتها مع بقاء العدة وذلك لا يجوز واذا ثبت من اصل زفر ان السفر
رجعة فقد سافر بها بعد زوال العدة فصارت كغير المطلقة قال واذا طلق الرجل امراته طلاقا
باينا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل ان يدخل بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وقال
محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف
قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولم يفصل ولانها معتدة عقيب الطلاق
من نكاح لم يوجب ان يلزمها كمال العدة كما لو دخل بها ثم طلقها وجه قول محمد انها مطلقة قبل
المسيس فصار كما لو تزوجها ابتدا وطلقها قبل الدخول والجواب ان هناك لا يجب عليها عدة ولا
يجب كمال المهر وههنا تجب عدة في نكاح تام فوجب كمالها قال ويثبت نسب ولد المطلقة
الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان جاءت به لاقل من سنتين بانت وان جاءت
به لاكثر من سنتين ثبت نسبه منه وكانت رجعة والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل
من سنتين من يوم الفرقة لم يثبت نسبه الا ان يدعيه والاصل في هذه المسائل ان اقل الحمل
ستة اشهر وذلك لما روي ان رجلا تزوج امراة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان برجمها

فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا وقال تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فثبت ان مدة الحمل تكون ستة اشهر
فاما اكثر مدة الحمل فعندنا سنتان وقال الشافعي اربع سنين لنا ما روي عن عايشة انها قالت
لا يبقى الولد في رحم امه اكثر من سنتين ولو بفركة مغزل وهذا لا يقال الا من جهة التوقيف لانه
امر مغيب فكانها روت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مدة تذدت لانتقال الصبي
من حال الى حال فلا يجوز تقديرها باربع سنين كمدة الرضاع فان قيل المرجع في مدة الحمل الى الخلقة والجبلة
وليس المرجع الى الشرع وان علق الشرع به حكما وقد وجدنا مدة الحمل اربع سنين فوجب الرجوع
اليه وهو ان محمد ابن عبد الله ابن حسن حملت به امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان حملت به
امه اربع سنين وسمي هرما لاحتباسه في بطن امه وقد روي غير ذلك ايضا قيل له لو صح ذلك
لظهر وانتشر كما ظهر نقصان مدة الحمل من تسعة اشهر فلما لم ينتشر دل على ان الرواية لا تثبت
واذا ثبت ما قلناه من اكثر مدة الحمل واقلها قلنا كل موضع كان الوطء مباحا فمدة الحمل مقدرة بستة
اشهر ما لم يؤد ذلك الى اثبات رجعة بالشك واستحقاق مال بالشك وكل موضع كان الوطء محظورا
فمدة الحمل مقدرة بسنتين وانما كان كذلك لان الواجب حمل امر المسلمة على الصحة والسلامة ما امكن
فاذا تزوجها قدرت مدة الحمل بستة اشهر حتى لا تؤدي الى فساد نكاحها فان طلقها طلاقا رجعيا
ثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين لانها لم تقدر وانما تقدر مدة الحمل في هذا الموضع بستة
اشهر وان كان الوطء مباحا لان ذلك يؤدي الى اثبات رجعة بالشك الا ترى انا لا بد ان نحكم
انه وطيها بعد الطلاق ولا حاجة بنا الى ذلك فاعتبرنا اكثر مدة الحمل واما اذا جاءت به لاكثر من
سنتين ثبت نسبه وكانت رجعية لانه لا بد ان يكون بوطء حادث بعد الطلاق ووطيها مباح للزوج
فلم يجز حمل امرها على وطء غيره فحمل الامر على انه وطيها في العدة فصار مراجعا وثبت نسب الولد
وصحت الرجعة فان طلقها طلاقا باينا ثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين لان الوطء محظور
في الطلاق البائن فالواجب حمل امر المسلمة على الصحة والسلامة ما امكن فقدرت مدة الحمل
في الطلاق البائن بسنتين لانه اكثر المدة لئلا يحمل امرها على الفساد فان جاءت به لاكثر من سنتين
لم يثبت نسبه لانه حمل حادث بعد البينونة فلم يثبت من الزوج فاما قوله الا ان يدعيه فصحيح
لانه يجوز ان يكون الزوج وطيها حال العدة بشبهة فيثبت نسب الولد اذا ادعاه لما كان له
وجه صحيح **قال** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا

لم يدع

لم يدع الحبل في مدة العدة وجاءت به لعشرة اشهر وعشرة ايام لم يثبت وجه قولهما ان المتوفى عنها
زوجها يجوز ان تكون حاملا فلا تنقضي عدتها بالاشهر فوجب ان لا نحكم بانقضاء عدتها ما لم تقر بذلك اصله
المعتدة من الطلاق وجه قول زفر ان الاصل عدم الحبل فاذا مضت اربعة اشهر وعشرا حكمنا بانقضاء
عدتها فكانها اقرت بذلك فان جاءت بولد بعد ذلك لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه لانا قد علمنا
وجوده قبل انقضاء العدة وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر جاز ان يكون الحبل حادثا فلم يثبت
نسبه بالشك **قال** واذا اعترفت المراة المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت وقال الشافعي يثبت منه الا ان يكون قد تزوجت
فيثبت من الثاني او تاتي به لاكثر من اربع سنين لنا انها امينة فيما تخبر به من انقضاء عدتها والامين
تحمل قوله على الصحة ما امكن ولان الاعتراف بانقضاء العدة بمعنى يصح من جهتها فوجب ان لا نحمل على الفساد
متى امكن حمله على الصحة كعقد النكاح ولا يشبه هذا المتوفى عنها اذا جاءت بولد لاقل من عشرة اشهر
وعشرة ايام انه يلزمها وان اعترفت بانقضاء عدتها لانا في هذا الموضع حكمنا بانقضاء عدتها بمضي
الشهور في الظاهر فلما جاءت بولد لاقل من ستة اشهر بان انها كانت حاملا في العدة فبطل ما حكمنا
به وثبت النسب فان قيل ولادته به لمدة حمل يجوز ان يكون منه ولم يحدث هناك ما هو اولى منه
فوجب ان يثبت النسب منه اصله اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر قيل له اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر فقد تيقنا كذبها واذا جاءت به لاكثر فلم نتيقن والامين يثبت قوله ما لم يثبت كذبه
قال واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او
رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة
وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة وجه قول ابي حنيفة ان العدة
انقضت بوضع الحمل فصارت اجنبية ونسب ولد الاجنبية لا يثبت بشهادة النسا المنفردات
وليس كذلك حال الزوجية لان شهادة النسا تثبت بها الولادة ثم يثبت النسب بالفراش فاختلفا
وجه قولهما ان هذا الولد جاءت به على حكم الفراش وحكم الفراش اقوى من نفس الفراش بدليل ان ما جاءت
به على الفراش ينتفي باللعان وفي هذا الموضع لا ينتفي باللعان فاذا ثبتت ولادة المراة بقول
امراة واحدة فهذا اولى واما اذا كان هناك حبل ظاهر او اقرار الزوج بالحبل فالقول قول
المراة في الولادة بغير شهادة عند ابي حنيفة لانه قد ثبت كون الولد في الرحم باقراره او ظهوره
واذا ثبت فلا بد من انفصاله فيكون القول قولها في ذلك كانفصال دم الحيض وعندهما لا يثبت

ذلك الا بشهادة امراة لان كل ما يمكن ان يعلم من جهة غير الزوجة فانه لا يثبت بقولها كسائر الحقوق

بخلاف الحيض لانه لا يعلم الا من جهتها ولا يعلم من جهة غيرها قال واذا تزوج امراة فجاءت بولد

لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه

ان اعترف به الزوج او سكت وهذا لما بينا ان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت به لاقل من ستة اشهر

من يوم التزوج تيقنا ان الحمل كان قبل العقد فلا يثبت منه واما اذا جاءت به لاكثر من ذلك فقد جاءت

به لحمل تام فيجوز ان يكون منه الا ان له ان ينفيه عن نفسه ما لم يعترف او يمضي من المدة ما يكون

بمنزلة اعترافه وقد بينا ذلك قال وان جحد الولادة ثبتت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة

وذلك لان الولادة امر لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النسا المنفردات وكلما يقبل فيه قول

النسا المنفردات فانه يقبل فيه قول المراة الواحدة كالاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

واذا ثبتت الولادة بشهادتها ثبت النسب بالفراش قال واكثر مدة الحمل سنتان واقله ستة

اشهر وقد بينا ذلك قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة

وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان العدة

لا تخلو اما ان تجب لحق الله تعالى او لحق الزوج ولا يجوز ايجابها لحق الله تعالى لان الكفار لا يخاطبون

في احكام الدنيا بالشرعيات ولا يجوز ان تجب لحق الزوج لانه لا يعتقدها حقا له واذا اسقط

الامران لم يجز ايجابها وجه قولهما انها من اهل دار الاسلام فيلزمها كالمسلمة الجواب ان المسلمة

مخاطبة بفروع الشرع فجاز ان تلزمها العدة والكافرة لا يلزمها فروع الشرع ولا يعتقد الزوج

العدة حقا له فلم يجز الزامها قال وان تزوجت الحامل من الزنا جاز النكاح ولا يطاها الزوج حتى تضع

حملها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر لا يجوز وجه قولهما

ان الحمل من الزنا لا يتعلق به الاحكام الا تحريم الوطء فصار كالحيض ولانه لو منع العقد لكان لحق

الزاني والزاني ممن لا حق له وجه قول ابي يوسف انها حامل من الغير فلا يصح العقد عليها كام الولد

ولانه يوقف على الزاني اذا ملكه فصار كالولد الثابت النسب واذا ثبت عند ابي حنيفة ان العقد

صحيح لم يجز له ان يطاها حتى تضع لقوله صلى الله عليه وسلم لا يسقين احدكم ماءه زرع غيره وقد

قال اصحابنا ان المعتدة اذا اسقطت سقطا لا يستبين خلقه لم تنقض به العدة وقال

الشافعي اذا شهد اربعة من النسا انه حمل وانه لو بقي لتصور انقضت به العدة لنا انه لم يتبين

فيه خلقة ادمي فلم تنقض به العدة كالنطفة ولان النسا يخبرن عما شاهدنه وهن لم يشاهدن

خلقة

خلقة الولد في الرحم فلم يقبل قولهن واذا لم يقبل قولهن فالظاهر انه ليس بولد فلم تنقض العدة بالشك

فان قيل قد ثبت بالشهادة فوجب ان تنقضي به العدة قيل له الشاهد اذا لم يكن له طريق الى العلم بما

شهد به لم تقبل شهادته واذا لم تقبل شهادته لم يثبت ولم تنقض به العدة ولم يذكر صاحب الكتاب

اقل ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء عدتها وقد قال ابو حنيفة لا تصدق اذا كانت حرة في اقل

من شهرين وقال ابو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما وجه قول ابي حنيفة على ما رواه محمد

عنه ان انقضاء العدة بتسعة وثلثون يوما نادر وهي امينة فيما تخبر به والامين اذا ادعى خلاف

الظاهر لا يقبل قوله منه كالوصي اذا ادعى نفقة المال الكثير في المدة اليسيرة ولا يقال

قد تعلم ان المعتدة لو لم تخبر بانقضاء عدتها عشرين سنة كانت مصدقة وذلك خلاف الظاهر

لانا لا نصدقها ولكن الاصل بقاء العدة فنحن نتمسك باليقين ولا ننتقل عنه بالشك واذا ثبت

هذا قال فالظاهر ان من اراد ان يطلق اوقع الطلاق في اول الطهر فتعتد عقيب الطلاق واقل

الطهر خمسة عشر يوما ثم يثبت بعده حيض خمسة ايام ولا يعتبر بثلاثة ايام ولا عشرة ايام

لان كل واحد منهما نادر فاعتبر الوسط من ذلك ثم يعتبر بعد ذلك خمسة عشر طهر وخمسة حيض

ثم خمسة عشر طهر ثم خمسة حيض فيكون ذلك ستون يوما وروى الحسن انه قال احكم بوقوع

الطلاق في اخر الطهر لان طلاق السنة ايقاعه في اوله وفي اخر الطهر سوا فلا حاجة لي بالحكم

في اول الطهر واذا حكمت به في اخر الطهر اعتبرت اكثر مدة الحيض وهو عشرة ايام لان في اعتبار

الطهر نقص في العدة فاعتبر اكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج من كل وجه فعلى هذا يكون ابتدا العدة

عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض فيكون ذلك

ستون يوما وجه قولهما ان الامين يجب حمل قوله على الصحة ما امكن فلا يحمل على الفساد ويجوز

ان تكون حاضت اقل الحيض وطهرت اقل الطهر وطلقها في اخر الطهر فيكون ابتدا العدة ثلثة حيض

وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض فيكون ذلك تسعة وثلاثون يوما

فاما الامة فقال ابو حنيفة على رواية محمد لا تصدق على اقل من اربعين يوما لانه يجعل عقيب الطلاق

خمسة عشر طهرا وخمسة حيض وخمسة عشر طهرا ثم خمسة حيض وعلى رواية الحسن عقيب

الطلاق عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض فتنقضي العدة خمسة وثلثون وعلى

قولهما تصدق في احد وعشرين يوما ثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض واما النفسا

اذا كانت حرة قال ابو حنيفة على رواية محمد لا تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما وذلك لانه

لا يعتبر اقل النفاس ولا اكثره لان كل واحد منهما نادر فاعتبر الوسط ولم يمكن اعتبار عشرين يوما لانه
يكون بعده خمسة عشر يومًا طهر ثم خمسة حيض فيؤدي الى ان يفصل بين الدمين في مدة الاربعين ومن
اصله ان الطهر لا يفصل بين دمين في مدة الاربعين وان كثر ويكون الجميع دمًا واحدا فاعتبر ان يكون
النفاس خمسة وعشرين يوما ثم خمسة عشر طهر ليقع الدم الاخر بعد الاربعين ثم خمسة حيض ثم خمسة
عشر طهر ثم خمسة حيض ثم خمسة عشر طهر فيكون ذلك خمسة وثمانين يومًا وعلى رواية الحسن
لا يصدق على انقضاء عدتها في اقل من مائة يوم لانه يعتبر اكثر مدة النفاس ثم يثبت بعد الاربعين
عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض ثم خمسة عشر طهر واما ابو يوسف فقال
لا تصدق في اقل من خمسة وستين يومًا لان عنده اقل النفاس احد عشر يوما ثم يعتبر بعده خمسة
عشر طهر ثم ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلاث حيض
واما محمد فقال لا تصدق في اقل من اربعة وخمسين يومًا وساعة لان عنده اقل النفاس ما وجد
من الدم فيحكم بنفاس ساعة ثم خمسة عشر يومًا طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض
وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وذلك خمسة اربعة وخمسون يومًا وساعة هذا اذا كانت
حرة فاما اذا كانت امة فعلى رواية محمد عن ابي حنيفة لا تصدق في اقل من خمسة وستين
يومًا لانه يثبت خمسة وعشرين نفاسًا ثم خمسة عشر طهر ثم عشرة حيض ثم خمسة عشر
طهر ثم عشرة حيض فذلك خمسة وسبعين يومًا وعلى قول ابي يوسف يثبت احد عشر
نفاسًا ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض ثم خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض فذلك سبعة واربعون
يومًا وعلى قول محمد ساعة نفاس وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة
حيض فذلك ستة وثلاثين يومًا وساعة فاما على قول الشافعي فلا تصدق الحرة في انقضاء
عدتها على اقل من اثنين وثلثين يومًا ولحظتين وبناه على اصوله وهو ان اقل الحيض عنده يوم
وليلة والعدة عنده تنقضي بالاطهار ويجعل الطلاق كانه وقع في اخر الطهر فيكون بعد الطلاق
لحظة طهر ثم يوم وليلة حيض ثم خمسة عشر يومًا طهر ثم يوم وليلة حيض ثم خمسة عشر
يومًا طهرا اخر ثم تشرع في اول الحيضة الثالثة وذلك اثنان وثلثون يومًا ولحظتان **كتاب
النفقات** الاصل في وجوب النفقة للزوجة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن
حتى يضعن حملهن وروى ابو حرة الرقاشي عن عمه قال كنت اخذا بزمام ناقة رسول

صلى الله عليه وسلم في اوسط ايام التشريق اذود عنه الناس فقال صلى الله عليه وسلم اتقوا الله في النساء فانهن
عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيئا وانما اخذتموهن بامانة الله تعالى واستحللتم فروجهن بكلمة الله
لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم احدا غيركم ولا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن
واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم
قال الا هل بلغت قالها ثلثا وهذا الذي ذكرناه يدل على وجوب النفقة والكسوة وقال
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وهذا يدل على وجوب السكنى لهن **قال** رحمه الله ورضي
عنه النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه
نفقتها وكسوتها وسكناها اما وجوب النفقة والكسوة والسكنى فقد دللنا عليه واما وجوب
ذلك للزوجة الكافرة لعموم الاي والاخبار لان المسلمة انما تستحق النفقة بتسليم نفسها في بيت
الزوج وهذا موجود في الكافرة واما قوله اذا سلمت نفسها في منزله فصحيح وتسليمها نفسها شرط
في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك وانما الخلاف في معنى ذلك فقال اصحابنا ان النفقة تجب للزوجة
على وجه الصلة ولا تجب عوضا عن شيء وقال الشافعي انما تجب على وجه العوض وذلك لا يصح لانه لا يخلو
اما ان يكون عن البضع او عن الاستباحة ولا يجوز ان تجب عن البضع عوض لان المهر وجب بدلا عنه
ولا يجوز ان يجب بحكم عقد واحد عن مبدل واحد بدلان ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع
لان الاستمتاع تصرف فيما ملكه بالعقد فلا يجوز عنه عوض غير ما وجب بالعقد كاستيفاء
المنافع في الاجارة فان قيل لو لم يكن بدلا عن الاستمتاع لم يسقط بتعذره قيل له لا نسلم لانها
تجب عندنا للزوجة المريضة مع تعذره فان قيل لو كانت صلة لم تحبس لاجلها قيل له نفقة
ذوي الارحام تجب على وجه الصلة وان امتنع منها حبس **قال** ويعتبر ذلك بحالهما جميعا
موسرا كان الزوج او معسرا وهذا الذي ذكره تفسيره الخصاف فقال تجب على الزوج
الموسر للمراة الموسرة نفقة اليسار وتجب على المعسر للمراة المعسرة نفقة الاعسار
وتجب على الموسر للمراة المعسرة ادنى من نفقة الموسرات واوسع من نفقة المعسرين وذكر
الشيخ ابو الحسن ما يدل على ان الاعتبار بحال الزوج وحده وهو قول الشافعي وجه ما ذكره
الخصاف قوله عليه السلام لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر
حالها ولان المقصود بالنفقة الكفاية والفقير لا يحتاج الى كفاية الموسرات بل يكفي ما دون
ذلك فلا معنى للزيادة وجه ما ذكره ابو الحسن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر

قد رعليه رزقه فلينفق مما اتاه الله فاعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار الجواب ان الاية
تدل على انه ينفق من سعته وليس فيه انه ينفق اكثر النفقات وقوله تعالى فلينفق مما اتاه
الله يدل على انه ينفق بقدر الاعسار وكذلك نقول انه لا يلزمه مع الاعسار الا الادنى
والزيادة تثبت في ذمته فلا نوديها مع العجز وقد قال اصحابنا ان النفقة غير مقدرة وقال
الشافعي على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لنا قوله عليه السلام
لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فرد ذلك الى اجتهادها ولو
كانت مقدرة لبين مقدارها وايضا فانه سوى بينها وبين نفقة ولدها في الكفاية واجمعنا
ان نفقة الولد غير مقدرة كذلك نفقتها ولان الواجب للمراة النفقة والكسوة فان كانت
الكسوة غير مقدرة كذلك النفقة فان قيل النفقة تجري مجرى المعاوضة بدليل انها تجب
في مقابلة التسليم فوجب ان تتقدر كالاجرة والثمن قيل له ليس اذا وجبت عند التسليم كانت
بدلا عنه الا ترى ان نفقة ذوي الارحام تجب عند وجود الفقر وليست عوضا عن الفقر
ولان الاجرة والثمن لا تتقدر شرعا وانما تتقدر بالتراضي كذلك النفقة لا تتقدر شرعا بل
تتقدر بالتراضي او بالقضا قال فان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة وذلك
لان حبسها نفسها حتى تقبض المهر حق لها والنفقة حق لها والمطالبة باحد الحقين لا يسقط
الحق الاخر ولانها فعلت ما جعل لها فلو اسقطنا النفقة لاجله اضررنا بها والضرر يجب الحاقه
بالزوج الذي امتنع من اداء حقها قال وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله وذلك
لما بينا ان النفقة تجب بالشرط وهو تسليمها نفسها فاذا وجد الامتناع بسبب من جهتها
سقطت النفقة وقد دل على ذلك ايضا ما روي عن فاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها استطالت
على احمائها بلسانها فامرها النبي صلى الله عليه وسلم بالانتقال الى بيت ام كلثوم تعتد فيه
لسوء خلقها واسقط نفقتها فدل ذلك على ان سبب النقلة متى جاء من جهتها اسقطت
نفقتها فاذا عادت الى منزل الزوج عادت نفقتها لان المعنى المسقوط لها زال قال
فان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وان سلمت اليه نفسها وقال الشافعي في
احد قوليه لها النفقة لنا انها غير مسلمة نفسها في بيت زوجها وانما تسلم وتنتقل في منزله الكبيرة
والناشزة اذا حملت مكرهة الى بيت زوجها لانها لا تستحق النفقة فان قيل الصغر معنى
من جهة الله تعالى لا صنع للزوجة فيه فلم يمنع من صحة التسليم ووجوب النفقة كالمرض والذي

قيل له

قيل له المريضة مسلمة نفسها تسليما صحيحا والاستمتاع بها ممكن بغير الجماع والصغيرة تسليمها
ليس بصحيح والاستمتاع غير موجود تبين صحة هذا ان للزوج ان يطالب المريضة بتسليم نفسها
فدل ان التسليم صحيح وليس له ان يطالب بتسليم الصغيرة قال وان كان الزوج صغيرا لا يقدر
على الوطء والمراة كبيرة فلها النفقة من ماله وقال الشافعي في احد قوليه لا نفقة لها لنا انها مسلمة
نفسها وانما العجز يعني من الزوج فلا تسقط نفقتها كما لو كان مجبوبا او عنينا فان قيل انها دخلت
في العقد مع علمها بعجزه عن التسليم في الحال فكان ذلك رضا منها بترك نفقتها قيل له هذا يبطل
بما اذا تزوجته وهي تعلم انه مجبوب فسلمت نفسها فلها النفقة نص الشافعي عليه قال واذا
طلق الرجل المراة فلها النفقة والسكنى ما دامت في عدتها رجعيا كان الطلاق او بائنا وقال
الشافعي يجب للمبتوتة اذا كانت حاملا النفقة ولها السكنى اما وجوب ذلك للمطلقة الرجعية
فلانها زوجة يحل وطيها وهي محبوسة عن الازواج في منزل زوجها فاشبهت من لم يقع عليها الطلاق
اما وجوب النفقة للمبتوتة فلما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما سمع حديث فاطمة بنت قيس
قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لعلها نسيت او شبه لها سمعت النبي صلى الله
عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى ولانها محبوسة عن الازواج في منزل الزوج لحقه فاشبهت
النفقة كالرجعية فان قيل روي عن فاطمة بنت قيس ان زوجها لما طلقها ثلثا وهو غايب في
الشام قال لها النبي صلى الله عليه وسلم ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام كلثوم قيل
له هذا قد انكره عمر بن الخطاب على ما رويناه وقالت عايشة لا خير لفاطمة في رواية هذا
الحديث وكان زوجها اسامة بن زيد اذا سمعها تروي هذا الحديث رماها بكل شي في يده فاذا
انكر السلف رضي الله عنهم هذا الخبر لم يرجع اليه وقد روي انها استطالت على احمائها بلسانها
فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم واسقط نفقتها لخروجها عن منزل الزوج يبين ذلك انه
اسقط السكنى ايضا فقد اتفقنا على وجوبه فالمعنى الذي اوجب سقوط السكنى عند المخالف
هو الذي اوجب سقوط النفقة عندنا فان قيل لما زالت الزوجية زالت النفقة اصله المتوفى
عنها زوجها قيل له المتوفى عنها زوجها لا تجب لها النفقة مع وجود الحمل فلا تجب عند عدمه بخلاف
مسئلتنا تجب لها النفقة اذا كانت حاملا كذلك مع عدم الحمل قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها
لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فجعل
نفقتها على نفسها وقد اختلف السلف فيها اذا كانت حاملا فقال بعضهم نفقتها من جميع المال

وقال بعضهم لا نفقة لها من مال الزوج والقياس يدل على هذا القول لانهم اتفقوا ان غير الحامل
لا نفقة لها كذلك الحامل ولان النفقة تجب حالا فحالا وقد زال ملك الميت فلا يجوز ايجابها
في ملك الغير **قال** وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها منعت
نفسها من زوجها بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة **قال** وان طلقها ثم ارتدت سقطت
نفقتها وذلك لان حق الزوج من الرجعة والعدة سقطت بمعصية من جهتها فسقطت نفقتها
كما لو ارتدت قبل الطلاق **قال** وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلا نفقة لها وهذا لما بينا
ان الفرقة اذا جاءت بمعصية من جهتها سقطت نفقتها وقد قال اصحابنا اذا جاءت الفرقة بغير
معصية من جهتها فلها النفقة مثل الفرقة التي تقع بخيار البلوغ لانها منعت نفسها بحق فلا تسقط
نفقتها كما لو منعت نفسها لتقبض مهرها **قال** واذا حبست المراة في دين او غصبها رجل فذهب
بها او حجت مع محرم فلا نفقة لها اما حبسها في الدين وغصبها فهو منع من جهة الادمي
بغير حق فصار كالمنع بفعلها وقد روي عن ابي يوسف في موضع اخر انه قال اذا كانت محبوسة
قبل ان ينقلها فان كانت تقدر ان تخلي بينه وبينها فلها النفقة لانه متمكن من الاستمتاع بها
في تسليمها فيما بينه ليس من جهتها فلا يسقط حقها وهذا خلاف الاول واما اذا حجت مع محرم
فان كان قبل النقلة فلا نفقة لها في قولهم لان التسليم امتنع بفعلها فان انتقلت اليه
ثم حجت مع محرم قال ابو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول ابي يوسف
ان التسليم قد وجد وانما امتنع من الاستمتاع بعد ذلك لاداء عبادة فلا يسقط النفقة
كصوم رمضان وجه قول محمد انها مانعة نفسها بفعلها فصارت كالناشزة واذا ثبت ان
لها النفقة قال يفرض لها نفقة الاقامة لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الاقامة وما يحتاج
اليه من زيادة النفقة فانما هو لاجل فرض يختص بها فيكون عليها دون الزوج **قال**
فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وذلك لان التسليم قد وجد والمنع من الاستمتاع
حصل بغير فعل الادمي فلا يسقط نفقتها كما لو حاضت وقد قال ابو يوسف انها اذا كانت
مريضة قبل الانتقال اليه مرضا لا تستطيع ان تنتقل اليها وبذلت الانتقال اليه فلها النفقة
لانها سلمت نفسها وهناك عارض يمنع الاستمتاع فصارت كالحائض **قال** ويفرض على الزوج
اذا كان موسرا نفقة خادمها وذلك لان اصلاح طعام الزوجة وما تحتاج اليه على الزوج
فاذا جرت العادة ان لا تتولى الزوجة ذلك بنفسها او ان تتولاه خادمها كان على الزوج

الخادم وقد قالوا ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم وما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى
الكفاية وذلك لان الخادم وان كانت مولاته معسرة فانها لا تمتنع بكفايته بذلك **قال**
ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا كان
لها خادمان فانه يفرض لهما وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم
فاذا اقام غيره مقام نفسه لم يلزمه ان يقيم اكثر من واحد مثله وجه قول ابي يوسف ان المراة
قد تحتاج الى خادمين احدهما تخدمها في منزلها والاخر تتردد الى الزوج بطلب النفقة وتشتري
ما تحتاج اليه وما زاد على ذلك لا حاجة بها اليه فلم يلزمه نفقته **قال** وعليه ان يسكنها في دار
مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه
معها وذلك لان السكنى حق للزوجة فلا يجوز للزوج ان يشرك غيرها معها فيه كالنفقة ولان
الواجب على الزوجة الكون مع الزوج فلا يلزمها الكون مع غيره فلا يجوز الزامها ما لم يجب عليها
وهذا موجود في ولده من غيرها فاما اذا اختارت ذلك جاز ولانها رضيت بدون حقها
وهي تملك ذلك فجاز **قال** وللزوج ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول
عليها وذلك لان المنزل الذي فيه الزوجة فله منع هولاء من الدخول كسائر منازله **قال**
ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت شاؤوا وذلك لان الزوجة مندوبة الى كلامهم
لان في تركه قطيعة الرحم وهي منهية عما يودي الى ذلك وان كانت مندوبة اليه ولم يكن في
فعله اسقاط حق الزوج لم يكن له المنع منه **قال** ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال
لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق بينهما ان طلبت الفرقة وكذلك اذا افلس بالمهر قبل
الدخول لنا قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها
ومن لا يقدر على النفقة لا يكلف الانفاق فان قيل لا نكلفه الانفاق وانما نكلفه الفراق وهو
يقدر عليه قيل له لا يجوز ان يكلف الفرقة لعجزه عن امر لا يجب عليه ولانها نفقة مقصودة
بعقد النكاح فلا يجب الفرقة للعجز عنها كنفقة اليسار والنفقة الماضية ولان الفرقة لا تخلو
ان توجب النفقة الماضية لانها دين في الذمة فلا يفرق بينهما لاجلها كسائر الديون ولا يجوز ان
يستحق الفرقة للنفقة المستقبلة لانها لم تجب والتفريق لا يستحق لحق لم يجب ولا يجوز ان يفرق
للنفقة الحال لانها اما ان تكون في حكم الماضية او المستقبلة فان قيل قد قلتم ان الاب اذا امتنع
من نفقة ابنه مع القدرة حبس فان كان يحبس لما مضى فالاب لا يحبس في دين ابنه ولا يجوز للمستقبل

لانه لم يجب ونفقة الحال وحكمها قيل له تجب لحبسه اذا كان قادرا العزم على منع الانفاق مع الغنا
وهذه معصية يستحق بها الحبس فان قيل قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان
فخيره بين امرين فاذا عجز عن احدهما تعين عليه الاخر وهو التسريح قيل له هذه الاية نزلت
في المطلقة فامر الله تعالى ان يراجعها بمعروف وهو ان يراجعها رغبة فيها ليستديم نكاحها
ومنع من مراجعتها وهو لا يرغب فيها ثم يعود فيطلقها فتطول العدة عليها وهذا هو المراد
بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا اي تراجعوهن ولا رغبة لتطولون العدة وتمنعوهن من
الازواج اعتداء فان قيل لما لا يعرى النكاح منه كما لا يجوز ان يملك الفسخ بالعجز عنه اصله الوطء
قيل له التفريق في العنة لا يثبت حتى يقع الاياس من الوطء وتعذر النفقة لا يقع به الاياس منه
ابدا فافترقا ولم يقع بتعذر النفقة الفرقة واذا ثبت انه لا يفرق بينهما وجب ان يتوصل الى ابقاء
حقها بالاذن لها بالاستدانة عليه فان قيل لا فائدة في الاذن لها بعد فرض القاضي النفقة لها
لانها قد صارت دينا بفرضه قيل له فائدة الاذن ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وان
لم يرض بذلك ومتى استدانت بغير اذن كانت المطالبة عليها خاصة قال واذا غاب
الزوج وله مال في يد رجل معترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة
الغائب وولده الصغار ووالديه واولاده الكبار الزمنى والاناث وقال زفر لا يفرض فيه
شيء وجه قول اصحابنا ان الذي في يده المال اذا اقر به للغائب وبالزوجية فقد اقر بوجوب
حقها فيه فيفرض القاضي في ذلك الحق عليه باعترافه على نفسه لان كل من في يده شيء فالظاهر
انه له فيقع القضاء على المودع ثم يثبت في حق الغائب من طريق الحكم وانما اعتبرنا اقراره
والزوجية لانه اذا جحد الزوجية لم يمكنها اقامة البينة على اثباتها لان المودع ليس بخصم
في الزوجية فلا تسمع البينة عليه وان جحد المال والوديعة لم يلزمها او يمكنها اقامة البينة
على ذلك لانها ليست بخصم في اثبات حقوق زوجها فلم يكن بد باعترافه بهما ليصح الحكم
وجه قول زفر ان المودع ليس بخصم عن الغائب والقضاء بالنفقة فيما في يده قضاء على الغائب
من غير خصم وذلك لا يصح واذا ثبت انه يقضي بنفقة الزوجة في هذا المال قلنا ويقضي
بنفقة اولاده الصغار ونفقة والديه لانها اجريت مجرى نفقة الزوجة بدليل انها تجب
مع الفقر كما تجب نفقة الزوجة مع الفقر وهذا الذي ذكره صحيح اذا كانت الوديعة دراهم
او دنانير او مكيلا او موزونا فان كان غير ذلك لم يقض فيه بشيء لانه لا يمكن ايجاب النفقة

منه الا بالبيع الا ترى ان النفقة انما تكون في الاثمان وذلك لا يوجد في العروض الا بعد بيعها وبيع
عروض الغائب في النفقة لا يجوز فان كانت الوديعة طعاما قضى فيها بالنفقة لانها جنس المستحق
وان كانت ثيابا من جنس ما يلبس مثلها للمراة قضى فيها بالكسوة لانها جنس المستحق وقد قالوا ان
القاضي لا يبيع العروض في النفقة في قولهم وذلك لان البيع انما يكون على وجه الحجر والحجر
عند ابي حنيفة على الحر البالغ العاقل لا يجوز فاما على قول ابي يوسف ومحمد فان القاضي يبيع على
الحاضر اذا امتنع من الحق الذي عليه والغائب لا يعلم امتناعه فلا يجوز بيع ماله عليه قال
ويأخذ منهم بها كفيلا وذلك لان القاضي منصوب للاحتياط في اموال الغائب ويجوز ان يحضر
الغائب فيقيم البينة على طلاقها او ايفاء نفقتها فكان من الاحتياط ان يتوثق القاضي لذلك بالكفالة
قال ولا يقضي القاضي بالنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء وهذا الذي ذكره صحيح لان نفقة الزوجة
تجري مجرى الديون بدليل وجوبها مع الاعسار فتاكدت على سائر النفقات ولذلك النفقة على
الاولاد الصغار لهذا المعنى واما الابوين فقد جعل مال الغائب في حكم مالهم بدليل قوله
عليه السلام انت ومالك لابيك واذا جعل بمنزلة ماله جاز ان يقضي له منه واما الاولاد الكبار
الزمنى والاناث فالولاد موجود فيهم مع عجزهم فصاروا كالاولاد الصغار فاما من سواهم
من ذوي الارحام فنفقته عليه لم تتاكد حكمها فلم تثبت في مال الغائب قال واذا قضى القاضي
لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر وذلك لان ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب
فاذا تغيرت حاله كان لها ان تطالب بتمام حقها لانه لم يسقط قال واذا مضت مدة لم ينفق
الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض النفقة او صالحت الزوج على
مقدارها فيقضي لها بنفقة ما مضى وقال الشافعي تصير النفقة دينا بالمضي والدلالة لنا انها
نفقة تجب حالا فحالا فلا تصير دينا بمضي المدة اصله نفقة الاقارب والمسالة مبنية على ان
النفقة لا تجب للزوجة على وجه العوض عن شيء وقد دللنا عليه فيما مضى واذا لم تجب على وجه
العوض كانت صلة فلا يستقر وجوبها الا بمعنى ينضم الى سبب الوجوب كالهبات فان قيل
كلما صار دينا اذا حكم به حاكم صار دينا وان لم يحكم به حاكم اصله المهر قيل له نقول بموجبه
لان النفقة تصير دينا بغير حكم الحاكم اذا التزمها الزوج وقدرها على نفسه والمعنى في المهر
انه وجب في النكاح عوضا فاستقر ولم يؤثر فيه الطلاق فلو كانت النفقة كذلك لم يؤثر فيها الطلاق
قال فان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك

ان مات الزوج وذلك لما بينا ان طريق النفقة الصلات فما لم تقبض تبطل بالموت كالهبة
وقد قال الشافعي انها تؤخذ من تركة الميت لانها دين ثابت تجوز الكفالة به ويحبس لاجله كسائر
الديون قلنا الديون يجوز ان تجب بعد الموت لتقدم اسبابها في حال الحياة فجاز ان يبقى وجوبها
الى ما بعد الموت والنفقة بخلافه **قال** وان اسلفها نفقة سنة ثم مات لم يسترجع منها شي
وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وقد قال الشافعي وجه قولهما ان النفقة
اذا اتصلت بالقبض لم يثبت فيها الرجوع بعد الموت اصله الهبة اذا قبضت ثم مات الموهوب
له وجه قول محمد انها قبضت ذلك على ان يكون عوضا عما يستحقه على الزوج في المستقبل
فاذا بطل الاستحقاق بقي العوض بغير حق فوجب رده كالدين فالشافعي بنى على اصله انها
تجب على وجه العوض كالاثمان وهذا وجه يخالف فيه لانها عندنا تجب صلة كما يجب من الصلة
في المستقبل فلا يثبت الرجوع فيها وكذلك الكسوة المقبوضة على هذا الخلاف وقد روى ابن
رستم عن محمد انها ان كانت قد قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشي وان كان اكثر
من ذلك رجع ووجه ذلك الاستحسان ان الشهر وما دونه في حكم اليسير فصار كنفقته
وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت فيه الرجوع كالديون **قال** واذا تزوج العبد حرة فنفقتها
دين عليه يباع فيها وهذا يريد به اذا تزوج باذن المولى وذلك لان النفقة من احكام العقد
فيستوي في لزومها الحر والعبد كالمهر وانما قلنا انه يباع فيها لانها حق لزمه بسبب من جهة
المولى فتتعلق بالعبد واكسابه كديون المأذون واذا تعلقت برقبته جاز بيعه فيها الا ان
يفديه المولى لان حق المراة في النفقة فاذا وفاها ذلك المولى سقط حقها فلم يكن لها بيعه
واذا تزوج الحر امة فبواها مولاها معه منزلا فلها النفقة وان لم يبوئها فلا نفقة لها وذلك
انه اذا بواها معه منزلا فقد صارت مسلمة نفسها في بيته فصارت كالحرة اذا سلمت نفسها
وان لم يبوئها فليست مسلمة نفسها في بيته فلا يجب لها نفقة كالحرة الناشزة **قال**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة احد
وذلك لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فالزم الاب اجرة الرضاع مع وجود
الام فدل على ان احدهما لا يشاركه الاخر فيها واذا لم يشارك الام الاب مع تساويهما في
الى الصغير فالابعد اولى ان لا يشاركه **قال** فان كان الصغير رضيعا فليس على امه
ان ترضعه وهذا الذي ذكره صحيح اذا وجد من يرضعه وان لم يوجد فانها تجبر على

والاب

والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فاوجب اجرة الرضاع على الاب
ولان الارضاع مؤونة الولد فلا تلزم الام كنفقته بعد الكبر **قال** ويستاجر له الاب من ترضعه
عندها وذلك لما بينا ان نفقة الرضاع على الاب ولا يلزم الام الرضاع من تحصيل من ترضعه وانما
قلنا انها ترضعه عند الام لان الام احق بالولد في هذه الحالة من الاب وقد قال الله تعالى لا تضار والدة
بولدها ويمكن الجمع بين الامرين فترضعه المرضعة عند الام حتى لا يسقط واحد من الحقين **قال**
فان استاجرها وهي زوجته او معتدة منه لترضع ولدها لم يجز اما مع بقاء النكاح فلا يجوز لانها
تستحق النفقة واجرة الرضاع تجري مجرى النفقة ولا يجوز ان تستحق في حالة واحدة نفقتان
ولان اجرة الرضاع تجب لحفظ الصبي وحفظه هو من جملة نظافة البيت ومنفعة البيت تعود
الى الزوجين فلم يجز لها اخذ العوض على منفعة تحصل لها ولهذا قالوا لو استاجرها على رضاع
ابنه من غيرها جاز لما لم يجب عليها ان تمسكه معها ولو لم يكن في حفظه منفعة تعود الى منزلها
وابنه منها يكون معها في البيت فحفظه يعود الى منفعة البيت واما المبتوتة فقال في احدى
الروايتين لا يجوز استيجارها على رضاع ابنها لانها تستحق النفقة والسكنى كالزوجة
وقال في الرواية الاخرى يجوز لان النكاح الذي كان بينهما قد زال فهي بمنزلة الاجنبية
قال فان انقضت عدتها فاستاجرها على رضاعه جاز لانها اجنبية منه فصارت كسائر
الاجانب **قال** فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية
كانت احق به فان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها وذلك لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها
ولا مولود له بولده قيل في التاويل لا تضار والدة بولدها فتلزم الرضاع مع كراهتها ولا يضار
الاب بالتزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية فاما اذا رضيت بمثل اجرة الاجنبية فهي اولى لانها
اشفق على الصبي ولبنها انفع له وقد قال الشافعي يجبر على ان يعطيها الاجرة وان كانت
اكثر من اجرة الاجنبية لان حقها في الحضانة قد ثبت فصار كما لو رضيت باجرة الاجنبية
والجواب ان هناك لا حظ للاب في الاجنبية ولبن الام انفع واصلح فلم يجز اسقاط حقها من غير
منفعة للاب وههنا بخلافه **قال** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب
نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما نفقة الزوجة فلانها بحكم العقد وما ثبت
بحكم العقد لا يؤثر فيه الاديان اصله المهر وانما نفقة الولد الصغير فانها تجري مجرى نفقة
الزوجة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف فاجراها مجرى واحدا فاذا لم يوثر اختلاف الدين في احدهما كذلك الاخر قال واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد وذلك لما روي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه ان ينتزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي ولانها اعرف بتربية الصبي كما ان الاب احفظ لماله فاذا كان الاب احق بالتصرف في المال كانت الام احق بالامساك للصبي قال فان لم تكن ام فام الام اولى من ام الاب وذلك لانهما قد تساويا في القرابة واحداهما تدلي بالام وهذه الولاية مستفادة من جهة الام فام الاب اولى من الاخوات وذلك لان الجدة لها ولاد وهي اكثر شفقة فكانت اولى قال فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات وذلك لان الاخوات من ولد الابوين والخالات والعمات من ولد الجدين فكان ولد الابوين اولى قال وتقدم الاخت من الاب والام لانها تدلي بالجهتين جميعا فكانت اولى ثم الاخت من الام اولى من الاخت من الاب وذلك لان الاخت من الام والاخت من الاب قد تساويا في القرابة واحداهما تدلي بالام استفيدت هذه الولاية من جهتها فكانت اولى وكما تقدم الخالة على العمة وقال الشافعي الاخت من الاب اولى من الاخت من الام لانهما تخصان لا ولادهما فكان اولاهما بالحضانة اقواهما في الارث اصله الاخت من الاب والاخت من الاب والام قلنا اعتبار قوة الارث في الحضانة لا معنى له لان الاب اقوى من الام ولم يكن اولى منها بالحضانة كذلك هذا واختلفت الرواية في الاخت من الاب والخالة فروى محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الخالة اولى وهو قول محمد وزفر وجه ذلك ما روي ان ابنة حمزة لما رات عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فاخذها فاختصم فيها علي وزيد وجعفر فقال علي بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة بنت اخي اصلحت بيني وبين حمزة فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة والدة وروى بشر ابن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الاخت من الاب اولى ووجه ذلك ان الاخت من الاب من ولد الاب والخالة من ولد الجد وجهة الاب اقوى وهذه العلة تقتضي ان تقدم بنات الاخوات على الخالات قال ثم الخالات اولى من العمات لانهن قد تساوين في القرابة فمن يدلي بالام اولى كام الام وام الاب قال ينزلن كما ينزل الاخوات ثم العمات

بمنزل

بمنزلة ذلك لما ذكرناه في الاخوات وقد قال اصحابنا ان بنات الاخ اولى من العمات والخالات لانهن من ولد الاب وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فمن يدلي بها اولى فاما بنات العم وبنات الخال والخالة والعمة فلا حق لهن في الحضانة لانهن رحم بلا محرم والحضانة تثبت لذوات المحارم قال وكل من تزوجت منهن سقط حقها الا الجدة اذا كان زوجها الجد وذلك لقوله عليه السلام للمراة التي اتته في شان ولدها انت احق به ما لم تنكحي ولان الصبي يلحقه جفاء ومذلة من جهة زوج امه وفي ذلك ضرر على الصبي فيسقط حقها لاجل الضرر ولا يشبه هذا الجدة اذا تزوجت جد الصبي لانه لا يلحقه جفاء ولا ضرر من جهته فلم يسقط حقها وعلى هذا الام اذا تزوجت بالعم لا يسقط حقها لما ذكرنا قال فان لم يكن للصبي امراة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لانها تستحق بالقرابة فيعتبر فيه الاقرب فالاقرب اصله الميراث وولاية النكاح قال والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وبالجارية حتى تحيض وذلك لما روي ان عمر طلق ام ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقضى ان ريحها وفراشها خير له حتى يشب ولان الصبي اذا استغنى بنفسه احتاج الى التاديب والاب اعرف من الام بالتاديب فكان احق اولى لئلا يستضر بعادة اخلاق النسا وترك التاديب وقد كان القياس ان تكون الام احق به حتى يبلغ لان الحضانة ولاية الام فلا ترتفع الا بالبلوغ كولاية الاب وانما تركوا القياس في الغلام لما ذكرنا والجارية تبقى على اصل القياس وقد روي هشام عن محمد ان الجارية اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها وذلك لانها اذا صارت تشتهي احتاجت الى الحفظ والرجال اكثر غيرة من النسا فكانوا اولى وقال الشافعي ان الام والجدة احق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ثم يخير فيكون عند من يختار من الابوين وهذا لا يصح لان الصبي يختار من الابوين من لا يلزمه التاديب ولا ينكر عليه وفي ذلك الحاق الضرر فلم يرجع الى اختياره ولانه اذا لم يبلغ حدا يكتفي بنفسه ففي كونه عند الاب ضرر عليه لان النسا اقوم بالتربية من الرجال فاذا اختار الاب في هذه الحالة فاختياره يضر به فلا يرجع الى اختياره وكذلك الجارية اذا اختارت بعد البلوغ الام ففي ذلك ضرر عليها لان الاب اغير عليها واحفظ لها فلم يقبل قولها فيما لم يضر بها فان قيل روي عن ابي هريرة قال كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم اذ جاءته امراة فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وانه قد نفعني وسقاني من بير ابي عتبة فقال عليه السلام استهما فقال

الرجل من جاءني في ولدي فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد
امه فانطلقت به قيل له هذه قصته في غير محتمل ان يكون بالغا وهو الظاهر لانها قالت نفعني
وسقاني من بير ابي عنبة وقد قيل ان هذه البير لا يستقى منها الا البالغ قال ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهي وذلك لان ولاية الحضانة لحاجة الولد اليه فاذا بلغ الصبي
والصبية الى هذه الحال فقد استغنى عنهن واحتاج الى الحفظ فكان الرجال احق بهما قال والامة
اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت في الولد كالحرة وليس للامة وام الولد حق في الولد وانما
كان كذلك لان الحضانة ضرب من الولاية ولا حق للاماء في الولاية فاما اذا اثبتت لها الحضانة
لانها من اهل الولاية بعد العتق والولادة موجودة فصارت كالحرة الاصلية قال والذمية احق
بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان ويخاف ان يالف الكفر وذلك لان هذا الحق انما يثبت للام لاجل
منفعة الصغير والكفر لا يمنعه اصله ولاية الاب في المال قال واذا ارادت المطلقة ان تخرج
بولدها من المصر فليس لها ذلك الا ان تخرجه الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وجملة ذلك
ان الحضانة حق للام فاذا ارادت الخروج بولدها من المصر فليس للاب اخذه لما فيه من اسقاط حقها
ولكن ننظر في ذلك فان كانت الام زوجة فللزوج منعها من الخروج كان معها الولد او لم يكن لان
المقام في منزل الزوج واجب عليها فاذا ارادت تركه منعها وان كانت مبتوتة وارادت ان تخرج
به الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك لان من تزوج في بلد فالظاهر انه يقيم فيه واذا
كان كذلك فقد التزم لها المقام في بلدها وانما خرجت معه لان عليها اتباعه بحكم الزوجية
فاذا زال العقد جاز ان تعود فكانه رضي بذلك واما اذا ارادت ان تنقله الى بلدها وقد وقع
النكاح في غيره فليس لها ذلك وذلك لان الاب لم يلتزم لها المقام في بلدها فلم يكن لها التفريق
بينه وبين ولده من غير التزام يوجد من جهته واذا وقع النكاح في غير بلدها فاذا ارادت
نقله الى البلد الذي وقع فيه النكاح لم يكن لها ذلك لانها دار غربة كالبلد الذي فيه الزوج
واذا تساوى الموضعان لم يجز لها النقل فاذا ارادت نقل الصبي الى بلد اخر وبين البلدين
يقدر الاب ان يصير اليه ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لان هذا لا يلحق الاب ضرر
بالانتقال الا كما يلحقه بالتنقل في محال المصر فاذا ارادت نقل الصبي الى قريتها وقد وقع
النكاح فيها فلها ذلك لما بيناه وان كان النكاح وقع في غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا
القرية التي وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما بينا في البلدين وان كان بين القريتين ما

يمكن

يمكن الاب النظر الى الصبي والعود قبل الليل فلها ذلك فانه ليس عليه ضرر في الانتقال فاذا كان
الاب في المصر فارادت نقله الى السواد وقد تزوجها فيه فلها ذلك اذا كان وطنها لما بينا وليس لها
ان تنقله الى قرية اخرى وان كانت قريبة من المصر لان اخلاق اهل السواد اقوى من اخلاق
اهل المصر وفي نقله ضرر يعود بتلك الاخلاق فلم يجز ذلك اذا لم يكن الاب قد التزمه وليس لها ان تنقله
الى دار الحرب وان كان العقد وقع لما فيه من الضرر عليه بالعيش معهم والاقتداء باخلاقهم قال وعلى الرجل
ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما وجوبها للوالدين فلقوله
تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا نزل في الكافرين واما اجداده وجداته فلان اسم الاب
يطلق عليهم على وجه المجاز والاحكام الذي تتعلق بالابوين تتعلق بهم فلذلك ساووهم في وجوب
النفقة لهم مع اختلاف الدين ولا تجب النفقة لهم الا ان يكونوا فقراء لان الغني منهم مستغني
بماله فكان ايجاب النفقة في ماله اولى من ايجابها في مال غيره قال ولا تجب النفقة مع اختلاف
الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد وقد بينا جميع ذلك فاما ولد الولد
فاسم الولد يتناولهم على طريق المجاز والاحكام التي تتعلق بالولد تتعلق بهم فصاروا مثلهم في هذا
الحكم ايضا قال ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد وذلك لان مال الابن يضاف الى الاب
ويجري مجرى ماله فصار الاب به في حكم الغني فلم تجب نفقته على غيره قال والنفقة لكل ذي
رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا زمنا او اعمى فقيرا تجب
وقال الشافعي لا تجب النفقة الا للوالدين والولد لنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف الى قوله وعلى الوارث مثل ذلك وهذا يقتضي وجوب النفقة على كل وارث
لوجوبها على الوالد وروي ان امراة خاصمت عم صبي لها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقضى عليه بنفقته وعن زيد انه قضى بنفقة الصغير على عمه وامه اثلاثا ولا مخالف له
ولانه ذو رحم محرم منه من النسب فجاز ان يستحق بوجه النفقة كالوالدين والولد فان
قيل كل شخصين لا تجب نفقة احدهما على الاخر مع اختلاف الدين لا تجب مع اتفاقه
كابني العم قيل له ابني العم رحمهما ليس بكامل بدلالة انه يجوز تزويج بنت العم كما يجوز تزويج
الاجنبية وليس كذلك الاخت لان رحمها كامل ولهذا وجب صلة الرحم بين الاختين فلم يجز
جمعهما في النكاح ولو ملك اخوين لم يفرق بينهما ولو ملك ابني عم جاز ان يفرق بينهما فافترقا
لهذا المعنى فاذا ثبت وجوب النفقة لكل ذي رحم محرم قلنا لا تجب الا للفقير منهم العاجز

اما اعتبار الفقير فلانها تجب للحاجة ومتي كان له مال فليس بمحتاج فكان ايجابها في ماله اولي
واما اعتبار العجز فقال يقضي لصغارهم بالنفقة لانه لا مال لهم ولا كسب فوجب صلة
ارحامهم بكفايتهم وكذلك الاناث لان المراة لا تقدر علي الاكتساب فهي كالصبي وكذلك الكبار
الزمني والعميان لانهم لا يقدرون علي الكسب فلزمهم نفقتهم صلة لارحامهم فاما الكبار من
ذوي الارحام الاصحا فلا نفقة لهم وان كانوا فقرا الا الابوين خاصة والجد والجدة عند عدمهما
لان الرجل الصحيح قادر علي الكسب فهو غني بكسبه كما يكون غنيا بماله فلا تجب نفقته علي غيره
واما الابوان فيقضي لهما بالنفقة مع الصحة لان في تعريضهما للكسب مع غني الولد الحاق
المشاق بهما وقد منع الولد من ذلك **قال** وتجب علي مقدار الميراث فتجب النفقة للبنت البالغة
والابن الزمن علي الابوين علي الاب الثلثان وعلي الام الثلث وذلك لان الله تعالي علق استحقاق
النفقة بالارث بقوله تعالي وعلي الوارث مثل ذلك واذا تعلق استحقاقها بالارث وجب اعتبار
قدرها في قدرها **قال** ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين وذلك لان نفقتهم تجب علي طريق الصلة
ولا تجب الصلة في ذوي الرحم غير المحرم مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدي
بقتل اخيه الحربي ولا يجوز ان يبتدي بقتل ابيه فدل علي انه تجب صلة الرحم مع اختلاف الدين
واتفاقه ولا تجب صلة الرحم من سواهم مع اختلاف الدين فلذلك لم تجب نفقتهم **قال**
ولا تجب علي الفقير وذلك لان نفقة ذوي الارحام تجب علي وجه الصلة فلو اوجبناها علي الفقير
لم يكن ايجابها عليه اولي من ايجابها له فلهذا لم تجب وليس يجب علي الفقير الا نفقة زوجته واولاده
الصغار فاما نفقة الزوجة فانها اجريت مجري الديون بدلالة انه يقضي بها الحاكم لما مضي وانها
تجب في حال اليسار والاعسار واما نفقة الاولاد الصغار فانها تجري مجري نفقة الزوجة
فلم تختلف باليسار والاعسار **قال** وان كان للابن الغايب مال قضي فيه بنفقة ابويه
وقد بينا ذلك **قال** وان باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وان باع العقار لم
يجز وجه قول ابي حنيفة ان الاب له ولاية في مال الابن وعند ابي يوسف ومحمد
لا يجوز بيع العقار والعروض في حال صغره وتلك الولاية تزول بالبلوغ وتزول بالموت
واذا زالت بالموت جاز ان يبقي لها اثر وهو تصرف الوصي كذلك اذا زالت بالبلوغ يجوز
ان يبقي لها اثر ولان مال الولد يضاف الي الاب وفي بيع مال العروض منفعة للغايب لانها مما
يتلف ولا يبقي فكان في بيعها جمعا بين المنفعتين نفقة الوالد وامن هلاكها وليس كذلك العقار

لانه

لانه لا منفعة للغايب في بيعه الا تري انه لا يخاف عليه الهلاك فلذلك لم يجز بيعه وجه قولهما
وهو القياس انه لا ولاية للاب علي الغايب فلا يجوز البيع كساير الاقارب **قال** وان كان للابن
الغايب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا ذلك لان لهما شبهة ملك في ماله فجاز لهما
تناول ما يحتاجان اليه من غير اذنه وانما لم يلزمهما الضمان لانهما اخذا ما يلزم الابن دفعه اليهما
اذا كان حاضرا فاذا جاز لهما اخذه مع غيبته فاخذاه لم يضمنا كما لو كان لهما عليه دين فاخذاه
قال وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن وذلك لانه دفعه
الي غير مالكه من غير ولاية ولا اذن فلزمه الضمان كما لو انفقه علي اجنبي فاما اذا اذن القاضي
فلا ضمان لان القاضي له ولاية في مال الغايب فاذا اخذه باذن من له ولاية فيه لم يضمن كما لو اخذه
باذن المالك **قال** واذا قضي القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه وذلك لان هذه النفقة موضوعة للكفاية وقد حصلت
له الكفاية فيما مضي فلم يكن له الرجوع بشي ولا يشبه هذا نفقة الزوجة لانها تثبت مع الغنا
عن الكفاية الا تري انها تجب عليه للزوجة الموسرة وليس في مضي الزمان اكثر من الاستغنا فلذلك
لم تسقط فاما اذا اذن القاضي لهم في الاستدانة فاستدانوا لم يسقط لانه مال اخذ فصار دينا
علي الغايب بقضا القاضي فلا يسقط بعد ذلك كساير الديون **قال** وعلي المولي ان ينفق علي عبده
وامته وذلك لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال في المماليك انهم اخوانكم جعلهم
الله تحت ايديكم فاطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون وقال عليه السلام لا يدخل
الجنة سي الملكة ولا خلاف في ذلك **قال** فان امتنع من ذلك وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا وذلك
لانا يمكننا ان نتوصل الي الانفاق علي المملوك من بدل منافعه مع بقا الملك للمولي فكان اولي من بيعه
قال وان لم يكن لهما كسب اجبر المولي علي بيعهما وهذا الذي ذكره مثل ان تكون جارية لا يواجر
مثلها او يكون العبد زمنا وذلك لان الانفاق حق علي المولي يلزمه الخروج منه فيجبر عليه
كساير الحقوق فاما ما ذكره من البيع فينبغي ان يكون علي قول ابي يوسف ومحمد لانهما يريان
البيع علي الحر لاجل حق الغير واما ابو حنيفة فانه لا يري جواز البيع علي الحر لاجل حق الغير ولكنه
يحبسه حتي يبيع اذا استحق عليه البيع واما البهايم فان مالكها يومر بالانفاق عليها فيما بينه وبين
الله تعالي ولا يجبر عليها هكذا رواه محمد لان البهايم لا يثبت لها حق والاجبار انما يكون علي حق
ثابت واذا لم يجبر علي ذلك افتي فيما بينه وبين الله تعالي لان في ترك الانفاق تعذيب الحيوان

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان وقد ذكرنا فيما تقدم ان النفقة عندنا غير مقدرة وكذلك الكسوة وانما يعتبر قدر الكفاية فاذا اراد القاضي ان يفرض النفقة فانه يفرضها من الطعام ما يكفيها كل يوم من الخبز والدهن لان الخبز في الغالب لا يوكل في العادة الا بادام والدهن لا يستغنى عنه فيفرض من كل واحد من ذلك قدر الكفاية فاذا اراد ان يدفع قيمته قوم ذلك في كل وقت ودفعها اليها ولا يجب ان تقوم بدراهم فيلزمه في كل وقت تلك القيمة وذلك لان ما يحتاج اليه من الطعام والادام تختلف قيمته باختلاف الازمان فلو فرض في الدراهم ثم غلا السعر كان قد دفعنا الى من يجب له النفقة اقل من كفايته وان رخص السعر كنا قد الزمنا من يجب عليه النفقة اكثر مما لزمه وذلك لا يجوز ويجب ان يفرض من الطعام والدهن فاذا اراد ان يدفع قيمته قومه في كل وقت ودفع القيمة والذي ذكر محمد في الاصل من التقويم بالدراهم فليس هو على وجه التقدير وانما كان قيمة الطعام وما يحتاج اليه في ذلك الزمان من كل شهر بحسب اختلاف السعر والكسوة ايضا على هذا يعتبر فيها قدر الكفاية في الشتا والصيف دون القيمة

كتاب العتق

قال الشيخ الامام ابو نصر احمد بن محمد البغدادي العتق عبارة عن اسقاط الحق عن الرق واسقاط الحقوق يختلف اسماوها باختلاف انواعها فقال في اسقاط الحق عن البضع طلاق وعن الرق عتاق واسقاط ما في الذمة براة وفي اسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو والدليل على وقوع العتق هو ان الله تعالى اوجب علينا العتق في الكفارة فلولا انه يصح وقوعه لما اوجبه لان ايجاب ما لم يوجد لم يصح ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امرئ مومن اعتق مومنا في الدنيا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار رواه ابن عباس وفي حديث البرا ابن عازب قال جا اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال عليه السلام لئن كنت قصرت الخطبة لقد عرضت المسالة اعتق النسمة وفك الرقبة قال او ليستا بواحد قال لا عتق الرقبة ان ينفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في ثمنها وعن ابي نجيح السلمي قال حاصرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حصن الطايف فسمعته يقول من رمى بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شيبة في الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وايما مسلم اعتق رجلا مسلما كان وفا كل عظم من عظام محررة من النار وهذه الاخبار ذكرها ابو الحسن في جامعه في فضل العتق وانه مندوب اليه قال رحمه الله العتق يقع من الحر البالغ

العاقل

العاقل في ملكه اما اعتبار العقل والبلوغ فلقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وهو عام ولانه ازالة ملك فلا يصح من الصبي والمجنون كالبيع واما الحرية فلان العبد عندنا لا يملك شيا والعتق لا يقع الا في ملك واما اعتبار الملك فلقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الا فيما يملكه ابن ادم قال واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى المولى العتق او لم ينو اعلم ان الالفاظ التي يقع بها العتق تجي على ثلثة اضرب صفة واخبار ونداء اما الدليل على وقوعه بلفظ الصفة مثل قوله انت حر فلانه صريح الارتفاع ولانه اذا وصفه بذلك فالظاهر ان الصفة موجودة وذلك لا يكون الا بحصول الحرية واما وقوعه بلفظ الاخبار كقوله قد اعتقتك فلان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة ما امكن والواجب حمل خبر المسلم على الصدق دون الكذب وذلك لا يكون الا بعد وقوع الحرية واما وقوعه بلفظ النداء كقوله يا حر ويا عتيق فلان الظاهر انه موصوف بهذه الصفة حتى ناداه بها وذلك لا يكون الا بوقوع الحرية واما قوله نوى المولى العتق او لم ينو فلان هذه الالفاظ صريح في ايقاع العتق والصريح لا يحتاج الى النية والالفاظ التي يقع بها العتق منها صريح لا يفتقر الى النية ومنها كناية لا تقع الا بالنية فكلما كان فيه لفظ الحرية او العتق فهو صريح وانما كان كذلك لان اهل اللغة استعملوا هذه الالفاظ في هذا المعنى فكان صريحا فيه ولان المعنى الحرية عبارة عن اسقاط الحقوق فيقال ارض حرة اذا لم يكن عليها خراج واسقاط حقوق المولى عن مملوكه انما يكون ببطلان رقه فدل ذلك على ان اللفظ يقتضي ذلك قال وكذلك اذا قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال للامة فرجك حر وذلك لان العضو يعبر به عن الجملة على ما بيناه فصار كانه قال انت حر او جميعك حر واما اذا اضاف الاعتاق الى جز شايع فانه يقع وان اضافه الى جز معين لا يعبر به عن الجملة فانه لا يقع على ما ذكرناه في الطلاق قال وان قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق وذلك لان هذا كناية عن العتق الا ترى انه يحتمل لا ملك لي عليك لاني قد بعتك ويحتمل لاني قد اعتقتك قال وكذلك جميع كنايات العتق لانها تحتمل العتق وغيره فلا يقع الحرية بالشك ويقف امرها على النية والكناية مثل قوله قد خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك وقد خليت سبيلك او يقول لامته قد اطلقتك لان جميع ذلك يحتمل العتق وغيره ولو قال لها قد طلقتك ونوى العتق لم يقع وقد قالوا لو قال لعبده نسبك

حرا واصله احرار كان يعلم انه مسبي فانه لا يعتق لان المسبي فانه لا يعتق لان المسبي نسبه حر
وهو صادق في قوله وان لم يكن شيء عتق لانه لا وجه هاهنا الا انه وصفه بالحرية فيقع ولو قال
لعبده انت لم يعتق عند ابي حنيفة لانه موصوف بهذه الصفة قبل العتق وبعده على وجه واحد
والعتق انما يقع اذا وصفه بصفة لا يوصف بها المملوك اصلا كقوله انت اسود او طويل وقال
ابو يوسف ان نوى العتق بذلك عتق لان العتق يقع لله تعالى فاذا قال انت لله فقد ذكر ما يحتمل
الحرية فاذا نواها وقع ولو قال انت عبد الله ونوى العتق لم يعتق عندهما وهذا ظاهر على ما ذكرنا
من قول ابي حنيفة فاما على قول ابي يوسف فلان قوله انت لله هذه اللفظة تستعمل فيما جعل للقربة
وذلك يتضمن معنى العتق فيقع به اذا نوى وليس كذلك قوله انت عبد الله لانه لا يتضمن معنى القربة
فلم يقع به العتق وان قال لا سلطان لي عليك ونوى به العتق لم يعتق وذلك لان نفي السلطان لا ينافي
بقاء الرق الدليل عليه المكاتب واذا كان كذلك لم يفد اللفظ الحرية فلا تعمل فيه النية ولا يشبه هذا اذا
قال لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل لا يبقى مع الرق فافاد اللفظ الحرية فعملت فيه النية ولو قال
لعبده قد خرجت من ملكي ونوى به العتق لم يعتق لان هذا يفيد رفع الملك وذلك لا ينافي
الملك دليله المكاتب واذا لم يفد اللفظ زوال الملك لم تعمل فيه النية قال وان قال هذا ابني وثبت
على ذلك او هذا مولاي او يا مولاي عتق اما قوله هذا ابني فانه يقتضي الحرية ومن وصف مملوكه
بصفة الحرية عتق عليه وعلى هذا في رواية الحسن اذا وصفه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه كقوله
ابي او عمي او خالي وامي لما ذكرناه وذكر في الاصل انها ايضا يعتق في جميع ذلك الا في قوله هذا اخي
وهذه اختي فانه لا يعتق قال لان هذه اللفظة قد شاع استعمالها في الشريعة على وجه الاكرام
قال الله تعالى فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في الدين واذا كان كذلك احتمل ان يكون اراد الاكرام
فلم يقع به العتق وليس كذلك ما سوى هذه الالفاظ من قوله عمي وخالي وابني وابي لانه لم يجر في
الشرع استعمالها على وجه الاكرام فلم يكن فيه احتمال فلم يبق الا انه تحقيق الصفة فيقع به وان
قوله هذا مولاي فقال اصحابنا هذا صريح في العتق وذلك لان هذه اللفظة مشتركة في اللغة
يعبر بها عن النصرة قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم ويعبر بها عن ابن العم قال الله
تعالى واني خفت الموالي من ورائي ويعبر بها عن المولى المعتق وهو المولى الاعلى ويعبر بها عن
المولى الادنى وهو الذي انعم عليه بالعتق فاذا قال لعبده هذا مولاي لا يجوز ان يحمل على
النصرة لان المولى لا يستنصر بعبده ولا يحمل على انه اراد به ابن العم لانه معلوم انه على خلاف
ذلك

ذلك ولا يحمل على انه اراد به المولى الاعلى لان العبد لا يعتق مولاه فلم يبق الا انه اراد المولى الاسفل
وهو الذي انعم عليه بالعتق وهذا صريح في ايقاع العتق واما اذا قال يا مولاي فانه يعتق
وقال زفر لا يعتق لنا ان هذه اللفظة لا تستعمل مع العبد على طريق الاكرام في العادة
فصار كقوله هذا مولاي وجه قول زفر ان هذا يستعمل على طريق التعظيم فصار كقوله
يا سيدي وقد قال اصحابنا انه اذا ناداه بالصفة فانه لا يعتق الا في قوله يا مولاي
ويا مولاي او يا حر لان ما سوى ذلك يستعمل على طريق الاكرام في الغالب ولا يراد به التحقيق
فلم يحمل على العتق من غير نية فاما قوله يا مولاي فقد بيناه واما قوله يا حر فهو صريح في الحرية
لان ذلك لا يذكر على وجه الاكرام بل يذكر على وجه الصفة فلم يفتقر الى نية قال محمد الا ان
يكون اسم العبد حرا يعرف به فلا يعتق لان المقصود من النداء في الظاهر الاسم دون الصفة
فلم يقع به العتق قال وان قال يا ابني او يا اخي لم يعتق وقد بينا ذلك قال وان قال
لغلام له لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يعتق وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان قوله هذا ابني يتضمن حرية موقعة وانما
نسب كل واحد من الامرين ينفرد عن الاخر الا ترى ان الماذون يشتري ابنه فلا يعتق
والابن يعتق عليه ولا نسب بينهما واذا كان كذلك صار كانه قال هذا ابني وهو حر
ولان الحرية المتضمنة للنسب يجوز ان تثبت وان لم يثبت النسب كمن قال لمعروف النسب
هذا ابني وجه قولهما انه اقر بالنسب والحرية من احكامه وقد علمنا انه قد كذب في النسب
فلا تثبت الحرية حكمه كما لو قال لزوجته وهي اكبر منه سنا هذه ابنتي فان الفرقة لا تقع
والجواب ان هذا الاقرار لا يتضمن فرقة موقعة وانما يقتضي نفي النكاح ولا يقتضي حكمه
فاذا لم يثبت النسب لم يتعلق به حكم الفرقة والذي يبين الفرق بينهما انه لو قال لزوجته
وهي معروفة النسب هذه ابنتي لم تقع الفرقة ومثله لو قال لعبده وهو معروف
النسب هذا ابني وقع العتق وكذلك لو قال لزوجته ومثلها يولد لمثله هذه ابنتي ثم
قال غلطت او وهمت لم تقع الفرقة فلو قال لعبده هذا ابني ثم قال وهمت او اخطات
وقع العتق لما بينا وقد فرق ابو يوسف ومحمد بين معروف النسب وبين من لا يولد
مثله لمثله فان معروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا ومن ملك ابنه من الزنا
عتق عليه قال واذا قال لامته انت طالق ينوي الحرية لم تعتق وقال الشافعي

وعلى هذا لو قال انت بائن وطيه او حرام لنا ان ما لا يصلح ان يملك بلفظ النكاح لا يزول
الملك فيه بالطلاق كالاعيان وعكسه البضع ولانه لفظ يختص بتحريم البضع فلا يقع به العتق
كالظهار فان قيل لا يصح ان يقال ما صح استعماله في الطلاق صح استعماله في العتاق اصله
لا ملك لي عليك قيل له لا يصح ان يقال ما جاز استعماله في كذا جاز استعماله في كذا الا ان يصير
وجود معنى كل واحد من الامرين فيه بالبدو والفرق بينهما ان الطلاق يقتضي زوال اليد ولا
يجتمع مع النكاح ويجتمع مع ملك اليمين بدلالة المكاتب فصح استعماله في ازالة ما ينافيه
ولم يصح استعماله في ازالة ما لا ينافيه وليس كذلك قوله لا ملك لي عليك لانه يصح استعماله
في الامرين جميعا لان زوال الملك لا يبقى مع ملك النكاح ولا ملك يمين فلما وجد معناه في
ازالة الامرين صح استعماله فيهما قال وان قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان هذا تشبيه
وتشبيه الشي لا يقتضي مشاركته في كل صفاته فلذلك لم يعتق في القضا ولا فيما بينه وبين
الله تعالى قال وان قال ما انت الا حر عتق لانه نفي واثبات وهذا اكد للاثبات بدليل
قوله لا اله الا الله واذا تضمن ذلك اثبات الحرية وقع به العتق وقد قالوا لو قال راسك
راس حر لم يعتق لما ذكرنا انه تشبيه ولو قال راسك راس حر بالتنوين عتق لان هذه صفة
وليس بتشبيه ومن وصف عبده او ما يعبر به عن جملته بالحرية فانه يعتق قال
واذا ملك الرجل ذا رحم محرم منه عتق عليه وقال الشافعي لا يعتق الا من له ولاد
لنا ما روى ابن عباس قال جا رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت
الى السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه قال فان الله قد اعتقه ولانه
ذو رحم محرم من جهة النسب فصار كمن له ولاد فان قيل تقبل شهادة احدهما للاخر
او يجري القصاص فيما بينهما فلا يعتق عليه اصله ابن العم قيل له هذا يبطل بالابن اذا قتل
اباه فان القصاص يجري بينهما ويعتق عليه واما اعتبار الشهادة فلا يصح لان علة منع
الشهادة هو التهمة وذلك موجود في حق الابن دون الاخ وعلة العتق هو صلة الرحم
الكامل وذلك موجود في الاخ كما هو موجود في الابن قال واذا اعتق المولى بعض عبده
عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يعتق كله وجه قول ابي حنيفة حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق
شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل واعطي شركاه حصصهم

وعتق

وعتق عليه العبد والا فقد عتق عليه ما اعتق وروى سالم عن ابيه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال اذا كان العبد بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه فان كان موسرا قوم عليه قيمته
عدل لا وكس ولا شطط ثم اعتق العبد ولانه ازالة ملك عن الرق فجاز ان يتبعض كالبيع وجه
قولهما قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان
الاستيلاد حق الحرية فلا يتبعض فلان لا تتبعض الحرية اولى وقد قال الشافعي لا يتبعض
في حال اليسار وتتبعض في حال الاعسار لنا حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من اعتق شقصا له في مملوك فعليه عتقه كله ان كان له مال يبلغ ثمنه يقوم
عليه قيمة عدل فان لم يكن له مال عتق منه ما اعتق ولان ما يتبعض في حال الاعسار
يتبعض في حال اليسار اصله البيع فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من اعتق شقصا له في عبد او امة وله مال تبلغ قيمته حصص شركائه فهو حر كله قيل له
معناه حر بعد ما ادى حصص شركائه والمراد باخبارنا قبل الادا فنجمع بين الاخبار وهو اولى
من اسقاط احدهما قال واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان
موسرا فشريكه بالخيار عند ابي حنيفة ان شا اعتق وان شا ضمن شريكه قيمة نصيبه
وان شا استسعى العبد وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شا اعتق وان شا
استسعى وقال ابو يوسف ومحمد ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
وهذا مبني على تبعيض الحرية فعند ابي حنيفة اذا اعتق احدهما عتق نصيبه فان شا شريكه
اعتق نصيبه لانه على ملكه فكان له ان يساوي شريكه في التصرف وان شا ضمنه قيمة نصيبه
لان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب على الشريك الموسر الضمان ولانه اتلف عليه نصيبه
الا ترى انه لا يقدر ان يتصرف بالتمليك فكان له تضمينه وان شا استسعى العبد لما روي
في حديث ابي هريرة قال من اعتق شقصا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال
فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ولان نصيبه على ملكه فجاز اخذ العوض
عنه من العبد كالكتابة واذا اختار الشريك العتق او السعاية فالولا بينهما لان نصيب كل واحد
منهما عتق على ملكه واذا اختار الضمان انتقل نصيبه الى ملكه او الى شريكه المعتق وكان له
الخيار ان شا اعتق ما بقي لانه انتقل اليه بالضمان وان شا استسعاه في قيمة ما بقي منه لان
ما بقي منه على ملكه وقد وجب اخراجه الى الحرية لاستحالة ان يترك على الرق مع وقوع

الحرية في جزء منه ولا يجوز ان نلزمه ازالة ملكه بغير عوض فكان له ان يستسعي واي الامرين
اختار كان ولاء العبد كله لانه اعتق على ملكه والولاء للمعتق هذا كله اذا كان المعتق موسرا فان
كان معسرا فلشريكه خياران اما العتق واما السعاية لان الضمان لا يجب فبقي له خياران
ومن اصحابنا من قال ان القياس ان لا يضمن المعتق في الوجهين لانه تصرف في ملكه على وجه
اضر بغيره فكمن احرق دار نفسه فاحترقت دار جاره وانما تركوا القياس في الموسر واوجبوا عليه
الضمان بالخبر هذا كله قول ابي حنيفة واما على قولهما فلا خيار للشريك لان المعتق ان كان
موسرا فقد وجب عليه الضمان وليس للذي لم يعتق ان يستسعي العبد لان نصيبه قد انتقل
الى شريكه وعتق عليه وان كان المعتق معسرا فليس للشريك الا السعاية لان الضمان كان وجب
على المعتق وقد تعذر والمنفعة قد سلمت للعبد فلزمه الضمان كالغاصب وغاصب الغاصب
وقد قال الشافعي اذا اعتق احد الشريكين نصيبه وهو معسر فنصيب شريكه على ملكه يجوز
تصرفه فيه بالبيع والهبة وهذا لا يصح لقوله عليه السلام من اعتق شقصا له في مملوك فقد
عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الحرية قد وقعت في الرقبة وحق الحرية اذا اتصل بالرق
منع التمليك فنفس الحرية اولى فان قيل تصرف احد الشريكين على وجه يخص نصيبه لا يمنع
الشريك الاخر من التصرف في نصيبه اصله اذا باع نصيبه قيل له المعنى في الاصل انه لو وجد
في حال اليسار لم يمنع من جواز التصرف في نصيبه كذلك اذا وجد في حال الاعسار والعتق
بخلافه وقد قال الشافعي لا اعرف السعاية في الشريعة والدليل على فساد ما قاله حديث
ابي هريرة انه قال فان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه ولما روي ان مريضا
اعتق عبدا له في مرضه لا مال له غيره فاعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثه
واستسعاه في ثلثيه ولان نصيبه على ملكه فجاز اخذ العوض عنه كما يجوز بالكتابة فان
قيل الكتابة لا تلزم العبد الا برضاه فكذلك يجب ان لا تلزمه السعاية الا برضاه قيل له الكتابة
ثبتت بالعقد فافتقرت الى التراضي والسعاية تلزم من طريق الحكم فجاز ان لا تقف على
الرضى فان قيل الجاني هو الشريك دون العبد وفي حال الاعسار لا ضمان على الشريك
فلان لا يجب على العبد اولى قيل له هذا يبطل بالعاقلة مع القاتل ثم العبد قد سلم له ما
تعلق به حق الشريك فصار بمنزلة غاصب الغاصب فيجوز ان تلزمه الضمان قال واذا
اشترى رجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب ولا ضمان عليه وكذلك اذا ورثاه والشريك

بالخيار

بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى اما اذا ورثاه فلا خلاف فيه بين اصحابنا لانه دخل في
ملكه بغير فعله فلم يوجد منه اتلاف فلم يلزمه الضمان واما اذا اشترياه فقال ابو حنيفة لا
ضمان على الاب وقال ابو يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وجه
قول ابي حنيفة ان الملك لا يسلم لواحد منهما الا بقبول الاخر فصار دخولهما في العقد اذنا
من كل واحد منهما لصاحبه في القبول والقبول سبب العتق اذا اذن فيه الشريك لم يتعلق
به الضمان كما لو اذن احد الشريكين للاخر في ان يعتق نصيبه وجه قولهما ان الدخول في الشرا
اذن في القبول والقبول سبب الملك والملك سبب العتق فسبب العتق غير مأذون فيه
فيتعلق به الضمان فعلى هذا الخلاف اذا وهب العبد لهما فقبلاه واذا ثبت لابي حنيفة
انه لا ضمان على الاب بقي لشريكه خيارات العتق او السعاية قال واذا شهد كل واحد من
الشريكين على الاخر بالحرية سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين
سعى لهما وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر وجه قول
ابي حنيفة ان كل واحد منهما يزعم ان شريكه اعتق نصيبه وان له الضمان او السعاية وقد
تعذر الضمان حين لم يصدقه فبقيت السعاية ولا فرق عند ابي حنيفة بين اليسار والاعسار
فاما على قولهما وهو قول زفر فان كانا موسرين فكل واحد منهما يزعم ان شريكه اعتق
وان له الضمان عليه وانه لا سعاية له على العبد وقوله غير مقبول على شريكه في وجوب
الضمان فلم يثبت وقوله مقبول في براءة العبد من السعاية فتبرى وان كانا معسرين
فكل واحد من الشريكين يزعم ان شريكه قد اعتق وهو معسر وانه لا حق له في تضمينه وانما
حقه في استسعاء العبد فيكون له ذلك لان نصيبه على ملكه وان كان احدهما موسرا
والاخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم ان شريكه اعتق وهو معسر
وانه لا ضمان له عليه وانما له السعاية والمعسر يزعم ان شريكه قد اعتق وهو موسر وان حقه
في تضمينه ولا حق له في سعاية العبد وقوله لا يقبل على شريكه فلا يلزمه الضمان ويقبل قوله
في براءة العبد من السعاية فلا يكون له شيء وقد قال اصحابنا هذا كله بعد ان يحلف كل واحد منهما
على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي على الاخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف
عليه وقالوا انه عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي الى اصله ان المستسعى في حكم المكاتب

فاما على قولهما فهو حر لان كل واحد من الشريكين يزعم انه حر من جهة الآخر لان الحرية عندهما لا تتبعض وعتق احدهما لنصيبه عتق لجميع العبد وكل من اقر بحرية في ملكه نفذ وثبوت السعاية لا يمنع من نفوذ العتق ولم يذكر صاحب الكتاب اذا شهد احدهما على صاحبه ونحن نبين ذلك فنقول اذا شهد احد الشريكين على صاحبه انه اعتق نصيبه لم تقبل الشهادة لان العتق لا يثبت بقول الواحد ولو كان الشركا ثلثة فشهد اثنان على صاحبهما انه اعتق نصيبه لم تقبل ايضا لانهما يشهدان بما حق الضمان لانفسهما ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يعترف فيه بالعتق وانما اعترف بعتق نصيب شريكه وثبوت حق الحرية في نصيبه وانه لا يجوز له التصرف فيه بالتمليك وقوله مقبول على نفسه غير مقبول على غيره ولا ضمان عليه لشريكه لانه لم يوقع العتق وانما اعترف به على غيره والذي يثبت في نصيبه من حق الحرية انما يثبت من غير مباشرة ومثل ذلك لا يوجب الضمان كمن وكل رجلا يعتق نصيبه فاعتقه فانه لا يضمن لانه لم يباشر العتق ومن اصل ابي حنيفة ان السعاية تثبت في حال اليسار والاعسار وفي زعم الشاهد ان شريكه قد اعتق وان له حق الضمان او السعاية وقد تعذر الضمان حين لم يقبل قوله عليه فثبت حق السعاية فيستسعيه في نصيبه هذا حكم الشاهد فاما المنكر ففي زعمه ان نصيبه على ملكه وقد تعذر تصرفه فيه لاجل اقرار شريكه فكان له ان يستسعي العبد في قيمة نصيبه وانما على قول ابي يوسف ومحمد وهو قول زفر ان السعاية لا تثبت مع اليسار فان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق بعتق شريكه وانه لا حق له الا الضمان ولا يقبل قوله على شريكه في الضمان ويقبل قوله في براءة العبد من وجوب السعاية وان كان المشهود عليه معسرا فللشاهد ان يستسعي العبد لان السعاية تثبت عندهما مع الاعسار واما المشهود عليه فيستسعي بكل حال لان نصيبه على ملكه ولم يعترف بسقوط حقه من السعاية واذا ثبت ما ذكرناه قال ابو حنيفة فان اعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه جاز والولاء بينهما لان المشهود عليه نصيبه على ملكه وكذلك الشاهد فينفذ عتقهما وثبت الولاء لهما وكذلك ان استسعيا فالولاء لهما وعلى قولهما الولاء موقوف لان الشاهد يزعم ان جميع الولاء كله لشريكه وشريكه يجحد ذلك فوقف الولاء فان اعتق عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق اما اذا

لوجه

لوجه الله تعالى فلا شبهة في وقوع العتق به لانه صرح بوقوع العتق وذكر الله تعالى ليس بشرط وانما هو تاكيد بيّن به انه قصد القربة واما اذا قال للشيطان فيقع ايضا لانه صرح بالحرية ونفى عنه القربة وانتفاء القربة لا يمنع من وقوع العتق كما لو اعتقه على مال وعلى هذا لو قال لعبده انت حر من هذا العمل او انت حر اليوم عتق في القضاء لان العتق في زمان يعم في كل زمان والعتق من عمل يعتق من كل عمل **قال** وعتق المكره والسكران واقع لانه عتق من مكلف صادف ملكه فوقع كغير المكره والسكران والخلاف في ذلك مثل الخلاف في طلاقهما وقد تقدم بيانه **قال** واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما يصح في الطلاق اما اضافته الى الشرط فمثل ان يقول انت حر ان دخلت الدار فيصح لما بينا ان المعلق بالشرط كالمتكلم عند وجود الشرط بدليل ان حكم كلامه يثبت بعد وجود الشرط فيصير كانه اوقع عند وجود الشرط فيقع واما اذا اضافه الى الملك فيصح ايضا وقال الشافعي لا يصح لنا انه يصح في المجهول ويتعلق بالخطر فجاز ان يضاف الى الملك كالوصية والنذر وقد بينا ذلك في كتاب الطلاق ايضا وقد قال اصحابنا اذا قال الرجل كل مملوك املكه فهو حر ولا نية له فهو على كل مملوك ملكه يوم قال هذه المقالة ولا يعتق من استقبل ملكه بعد ذلك لان قوله المملوك حقيقة للحال ويحتمل الاستقبال والظاهر منه الحال الا ترى ان الانسان يقول انا المالك لعبد ما فيصدق في خبره ولا يكذب ولو حمل خبره على الاستقبال لم يعلم صدقه وكذلك يقول انا اشهد ان لا اله الا الله فيحكم باسلامه واذا كان الظاهر من ذلك الحاضر حمل عليه ولم يحمل على المستقبل من غير دليل ويعتق كل من كان في ملكه من ذكر او انثى لان اسم المملوك يتناولهما ويعتق ايضا المدبر وام الولد لانهما مملوكان ولا يعتق المكاتب الا ان ينويه لانه خرج من يده بعقد على الرقبة فصار كالعبد المبيع واما اذا نواه فانه يعتق لانه على ملكه وانما لم يعتق اذا لم ينوه لان الاسم في الظاهر لم يتناوله فاذا نواه فقد شدد على نفسه فيعتق عليه وقد قالوا انه لا يدخل في ذلك العبد المشترك لان اسم المملوك لا يتناوله ويدخل في ذلك العبد المرهون والماذون له في التجارة **قال** واذا خرج عبيد من دار الحرب الينا مسلما عتق وذلك لما روي ان عبيدا من اهل الطائف خرجوا الى النبي صلى الله عليه وسلم مسلمين فطلب المسلمون قسمتهم فقال عليه السلام هم عتقاء الله **قال** واذا اعتق جارية حاملا عتقت وعتق حملها وذلك لان الحمل في حكم عضو من اعضائها بدليل انه لا يصح

افراده بالبيع كما لا يصح افراد عضو منها بالبيع واذا كان كذلك عتق بعتقها كسائر اجزائها
قال وان اعتق الحمل خاصة عتق ولم تعتق الام وذلك لان الحمل يعتق بعتق الام باتفاق
فلان يعتق اذا افرده بالحرية اولى ولان الحمل انما لم يصح عليه العقود لما فيه من الخطر
وتعذر التسليم والعتق لا ينفيه الخطر وتعذر التسليم بدليل جواز عتق العبد الآبق وانما
لم تعتق الام بعتقه لان المولى لم يعتقها فلو اعتقناها كان على وجه التبع للحمل والام لا تتبع
الحمل والحمل يتبع الحمل والام واذا ثبت هذا قلنا اذا قال لامته ما في بطنك حر فجاءت بولد
لاقل من ستة اشهر منذ قال ذلك عتق لانا قد تيقنا وجود الولد عند الايقاع فعتق فان
جاءت به لاكثر من ستة اشهر منذ قال لم يعتق لانا لم نتيقن وجوده لجواز ان يكون الحمل
ستة اشهر فان ولدته بعد القول بيوم ميتا لم يعتق لانا لا نعلم حياته عند الايقاع والتبرع
لا يقع الا في حق الحي فلا نعتقد بالشك قال واذا اعتق عبدا على مال فقبل العبد عتق
ولزمه المال والدليل على جواز العتق على مال ان العتق اسقاط حق فيه معنى المال الا ترى
ان من اعتق عبده في مرضه ولا مال له غيره لزمه المال وهو السعاية من غير شرط وما
كان فيه معنى المال فانه يجوز اخذ العوض عنه كالصلح من العيب على مال مثل ان يقول
لعبده انت حر على الف او بالف او على ان تعطيني الفا او على ان لي عليك الفا فان عتق العبد
في جميع ذلك عتق الساعة حين قبل ولزمه ما شرط وذلك لانه ازال ملكه عن الرق بعوض
فزال ملكه بقبول العوض كما لو باعه وكما لو طلق امراته بعوض ولا يشبه هذا اذا قال ان
اديت الي الفا فانت حر فانه لا يعتق حتى يؤدي المال لانه علق العتق بحصول العوض فلا
يعتق قبله كما لو علقه بدخول الدار وفي مسئلتنا ازال ملكه عن الرق بعوض فاذا ملك
العوض وقع العتق والعوض عليك بقبول العبد لانه لا يجوز ان يلزمه ذلك بغير رضاه فاذا
قبل ملك عليه العوض فوقع العتق ولو قال ان اديت الي الف درهم فانت حر صح
وصار مأذونا اما الدليل على صحة ذلك فلانه عتق على مال وقد دللنا على صحته وقد قال
اصحابنا ان العتق على مال في حكم الكتابة من وجه وفي حكم اليمين من وجه لانه غير معلق بعوض
فصار كالكتابة وليس بكتابة لانه صرح بوقوع العتق عند الشرط فصار كقوله ان دخلت
الدار فانت حر ولان الكتابة اما ان تقع على مال موجل او على مال معجل وفي مسئلتنا المال ليس
معجلا ولا موجلا فلم تكن كتابة واما قوله وصار مأذونا فلانه اوجب له حق وهو وقوع العتق

بيان ان المولى يجبر على القبول اذا جاء العبد بالمال وهو تعليق الاداء

عند الاداء الا بالتصرف والتصرف فصار مأذونا له في التصرف لذلك قال واذا احضر المال
اجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجبر لانه
عتق معلق بشرط فصار كدخول الدار وانما استحسنوا فقالوا اجبر المولى لانه اوجب للعبد العتق
بالاداء فلم يكن له الامتناع منه كما لو علق العتق باختياره قال محمد لو احضر العبد المال بحيث يتمكن
المولى من قبضه عتق لان الاداء عندنا في الاموال يقع بالتخلية ولا يعتبر فيها مباشرة القبض فيصير
المولى قابضا بالتخلية فيعتق بوجود الشرط وقد قالوا في هذه المسئلة للمولى ان يبيعه قبل ان يحضر المال
لما بينا انه عتق معلق بشرط فصار كما لو علقه بدخول الدار قال وولد الامة من مولاها حر
وولدها من زوجها مملوك لسيدها وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية لانه مخلوق من مائها
الا ان ينقله عن حكمه بالام فيتبعها لانه في حكم جزء منها واذا ثبت ذلك قلنا ولد الامة من مولاها
حر لانه لو انتقل بالام لانتقل الى المولى فلا معنى لنقله عن حكمه وليس كذلك الولد مع الزوج لانه لما دخل
في العقد مع علمه بان الام امة كان رضا منه باسقاط حقه ولهذا قلنا في المغرور ان ولده حر
الاصل لانه لم يرض ان يتبع الولد امه فلم يلزمه بما لم يرض به ولم نسقط حقه من الولد قال
وولد العبد من الحرة حر لانه لم ينتقل عن حكم الاب بالام فيتبعها في حريتها لان العبد يرغب
ان يكون ولده حرا باب التدبير حقيقة التدبير هو ان يعلق عتق مملوكه
بموته على الاطلاق وهو ماخوذ من العتق الواقع عن دبر من الانسان والدليل على جوازه
انه عتق معلق بشرط فصار كتعليقه بدخول الدار ولان الموت يؤثر في زوال الاملاك
والتدبير يمنع من دخول المدبر في ملك الورثة فهو كالوصايا قال رحمه الله اذا قال
المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار
مدبرا لا يجوز بيعه ولا هبته اما حصول التدبير بهذه الالفاظ فلانها صريح في التدبير فهي بمنزلة
قوله انت حر في العتق وقد يجوز التدبير بلفظ اليمين مثل ان يقول ان مت فانت حر لانه علق
الحرية بالموت مطلقا فصار كقوله انت مدبر وكذلك يكون بلفظ الوصية التي تستحق بها رقبته
او بعضها كقوله اوصيت لك بثلث مالي لان الرقبة من جملة المال فقد صار موصى له بثلثها
وهذا عتق معلق بالموت وهو التدبير وقد قالوا لو اوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد
موته ولو اوصى له بجزء من ماله لم يعتق رواه بشر عن ابي يوسف والفرق بينهما ان السهم
عبارة عن السدس فاذا اوصى له بالسدس من ماله دخل سدس رقبته في الوصية فاستحق

عتق جزء منها وهو معلق بالموت فكان مدبرا واذا اوصى بجزء فالخيار الى الورثة ولهم ان يعينوا ذلك فيما شاؤوا فلم تتضمن الوصية الرقبة على كل حال فلم يكن مدبرا واذا صح التدبير لم يجز بيع المدبر ولا هبته ولا اخراجه عن ملك المولى الا الى الحرية وقال الشافعي يجوز بيعه لنا ما روى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وقد روي مثل ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ولانه حق حرية اوجب العتق فمنع البيع كالاستيلاد **قال** وللمولى ان يستخدمه ويوجره وان كانت امة فله ان يطاها وله ان يزوجها وذلك لان رقه على ملكه وانما ثبت له حق الحرية وحق الحرية ليس باكد من نفس الحرية ونفس الحرية لا تمنع الاجارة والاستخدام والتزويج والوطء كذلك حق الحرية وكل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر الا الكتابة وهذا مثل الرهن والبيع والهبة **قال** فاذا مات عتق المدبر من ثلث ماله ان خرج من الثلث وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين وعن ابن مسعود والنخعي وحماد انه من جميع المال لنا حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام قال المدبر حر من الثلث ولانه عتق علقه بموته وما تعلق بالموت من التبرعات فهو من الثلث كساير الوصايا **قال** وان لم يكن له مال غيره سعى في ثلثي قيمته وذلك لما بينا انه يعتق من الثلث فاذا لم يكن له مال الا رقبته استحق ثلثها ولزمه السعاية في ثلثيها ليتخلص من الرق **قال** فان كان على المولى دين سعى في جميع قيمته لغرمائه وذلك لان التدبير وصية والوصية لا تصح مع الدين المستغرق الا ان المدبر قد عتق بالموت والعتق لا يمكن فسخه فلزمه قيمة رقبته الذي سلم لها **قال** وولد المدبرة مدبر وقال الشافعي لا يدخل في تدبيرها لنا ما روي عن ابن مسعود انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروي انه خوصم الى عثمن في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف وبه قال شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وقتادة ولا يعرف من السلف خلاف ذلك ولان حريتها تعلق بموت المولى على الاطلاق فسرى حقها الى ولدها كام الولد فان قيل حرية متعلقة بصفة فوجب ان لا ينتقل الى الولد كما لو قال لها ان دخلت الدار فانت حرة قيل له هذا القياس يخالف الاجماع كما لو قال لها فلا يلتفت اليه ثم المعنى في الاصل ان ما تعلق لم يستحق به اسما على الانفراد وفي مسئلتنا حق حرية اوجب اسما خاصا فسرى الى الولد كالاستيلاد **قال** فان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي

هذا

هذا او سفري او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه وذلك لما بينا ان المدبر من علق عتقه بموته على الاطلاق ومن لم يعلق عتقه بموته على الاطلاق فهو بمنزلة من علق عتقه بدخول الدار فلا يمنع ذلك من جواز بيعه **قال** فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق لما بينا انه ليس بتدبير في الحقيقة وانما هو عتق معلق بشرط فاذا وجد شرط العتق وقد بينا فيما تقدم ان المدبر المطلق لا يجوز بيعه ودللنا عليه وقد قال الشافعي انه يجوز بيعه وذهب الى ما روى جابر ان رجلا اعتق عبدا له عن دبر منه فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانماية درهم وقضى بها دينه والجواب ان هذا الخبر رواه محمد في الاصل عن ابي جعفر محمد بن علي ابن الحسين الباقر وذكر له خبر عطا عن جابر فقال لقد شهدت هذا من جابر انما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمته بثمانماية درهم وهذا يقتضي ان يكون اجرة لا ثمنا والمصير الى رواية محمد بن علي اولى واكثر الاحوال ان يثبت ما نقلوه فيحتمل ان لا يكون مدبرا مطلقا والخبر حكاية فعل فاذا احتمل سقط التعلق به ولو ثبت ايضا انه كان مدبرا مطلقا احتمل ان يكون اجرة وسمى ذلك بيعا كما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم باع حرا في دين يعني اجرة

كتاب الاستيلاد

قال رحمه الله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد لا يجوز بيعها ولا تمليكها وهذا الذي ذكره صحيح وجملته ان كل مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها فهي ام ولد له لان الاستيلاد فرع لثبوت النسب فاذا ثبت الاصل في ملكه ثبت فرعه فاذا صح الاستيلاد لم يجز بيعها ولا تمليكها وليس للمولى اخراجها من ملكه الا الى الحرية وقال بشر بن غياث يجوز بيع ام الولد لنا ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه وعن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت ام ابراهيم اعتقها ولدها وعن سعيد بن المسيب انه قال في عتق امهات الاولاد ان الناس يقولون ان اول من امر بعتق امهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم اول من اعتقهن وان لا يجعلن في الثلث وان لا يستسعين في دين وعن عبيدة السلماني قال قال علي عليه السلام اجتمع رايي وراي عمر في اناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق امهات الاولاد ثم رايت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال عبيدة رايك في الجماعة احب الي من رايك في الفرقة فاراده على القضا فامتنع فلما انصرف قال علي ان السلمي لفقيه وقال اردت ان يزدا

باب الاستيلاد

فيها بابي بحكم علي رضي الله عنه للاجماع ولان نسب ولدها ثابت من مولاها فلم يجز بيعها كحال
الحمل **قال** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها وذلك لانه عتق معلق بشرط والعتق
المعلق بالشرط لا يمنع ما ذكرناه كما لو علقه بدخول الدار ولان الاستيلاد حق حرية فلا يكون
اكد من نفس الحرية ونفس الحرية لا تمنع هذه المعاني فحق الحرية اولى **قال** ولا يثبت نسب
ولدها الا ان يعترف به وهذا الذي ذكره صحيح وانما يعني به ولد الامة وعندنا ولد الامة لا
يثبت نسبه من مولاها الا ان يدعيه وسوا كان المولى يطاها او لا يطاها ولا يعتبر عندنا
فراشا بالوطء وقال الشافعي الامة تصير فراشا بالوطء واذا اقر بوطيها ثم اتت بولد ثبت
نسبه منه وان لم يدعيه لنا انها لو صارت فراشا بالوطي لوجب بزوال فراشها ما تسمى عدة
اصله الزوجة فلما لم تجب به عدة دل على انه لا فراش لها فان قيل يجب الاستبرا بزوال فراشها
قيل له لا تسمى ذلك عدة في الشرع ولانه يجب في الملك الثاني والعدة تجب قبل تجديد الملك
الثاني ولا يلزم نكاح الدميين لانه فراش ولا تجب به عدة عند ابي حنيفة لانه يوجب عدة اذا اسلم
الزوج ثم زال الفراش ولانها لو صارت فراشا بالوطي لصارت فراشا بالسبب المبيح له كالوطء
بالنكاح فان قيل روي ان سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة اختصما الى النبي صلى الله عليه
وسلم في ولد وليدة زمعة فقال سعد ابن اخي عهد الي فيه اخي وقال اذا دخلت مكة فاقبض
ابن وليدة زمعة فاني الممت بها في الجاهلية وقال عبد هو اخي ولد على فراش ابي فقال
النبي عليه السلام هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر قيل له قوله ولد على فراش ابي
يدل على فراش متقدم في حال حيوة الاب وذلك لا يكون عندنا الا بالدعوة لولدها حتى
تصير ام ولد وللخبر اذا ذكر فيه حكم متعلق باسم واختلف في ذلك الاسم فانه لا يسع
الاستيلاد به حتى يثبت المدعي وجود الاسم الذي يدعيه ولان النبي صلى الله عليه وسلم
حكم به ملكا لعبد بن زمعة بدليل انه قال هو لك يا عبد وهذه العبارة اطلاقها يفيد الملك
ولو اراد ثبوت النسب لقال هو اخوك والذي يتبين صحة هذا انه قال واحتجبي يا سودة
فانه ليس باخ لك ولو قضي به اخا لاختها القضي به اخا لها فلما لم يقض به اخا لها وامرها ان تحتجب
عنه دل انه قضي بملكه ولم يقض بنسبه **قال** فان جات بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير
اقرار يعني اذا صارت ام ولد وذلك لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها بدليل ان
زوال فراشها يوجب العدة فصارت كالزوجة والولد الحادث على الفراش يثبت نسبه

من غير

من غير اعتراف **قال** فان نفاه انتفى بقوله وذلك لانه يملك نقل فراشها بقوله وهو ان يزوجها
(وابطاله)
بنقل فراشها فكذلك يملك نقل النسب المتعلق به بقوله ولا يشبه هذا الزوجة لانه لا يملك نقل
فراشها بقوله فلا يملك نقل النسب المتعلق به **قال** فان زوجها فجات بولد فهو في حكم امه وذلك
لان الاستيلاد قد استقر فيها والحقوق المستقرة في الامهات تسري الى الاولاد **قال**
واذا مات المولى عتقت من جميع المال ولا يلزمها السعاية للغرما ان كان على المولى دين وذلك
لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يجعلن
من الثلث وان لا يستسعين في دين ولان حريتها منه متعلقة بالنسب وحرمة النسب لا يتعلق
بها السعاية **قال** واذا وطي الرجل امة غيره بنكاح فولدت منه ثم ملكها صارت ام ولد له
وقال الشافعي لا تصير ام ولد له لنا ان نسب ولدها ثابت من المولى فكانت ام ولد له اصله
اذا ولدته في ملكه ولان الاستيلاد حق حرية تتعلق بالنسب فاذا جاز ان يثبت حكم النسب
في ملك الغير جاز ان يثبت ما تعلق به من الحرية فان قيل هذا وطء في غير ملك فلا يثبت به
الاستيلاد كالزنا قيل له ينتقض بوطء الاب جارية ابنه ثم المعنى في الزنا انه لا يتعلق به
ثبوت النسب فلم يثبت به الاستيلاد وفي مسئلتنا وطي في مملوكة يتعلق به ثبوت النسب
فجاز ان يثبت به الاستيلاد واذا ثبت انها تصير ام ولد قال اصحابنا اذا ملك ولدها منه
عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وقد قالوا لو ملك ولدها
من غيره لم يصر ابن ام ولد له يبيعه وقال زفر كل من ولد بعد ثبوت نسب ولدها منه من
اولادها ثم ملكها فهو ابن ام ولد وجه قول اصحابنا ان الاستيلاد يثبت فيها حين ملكها
والولد في تلك الحال منفصل والسراية لا تثبت بعد انفصال الولد وجه قول زفر انه اذا ملكها
صارت ام ولد بالعلوق السابق وهذا الولد حدث بعد ذلك فوجب ان يتعلق به حق الحرية
وقد قالوا لو زنى رجل بامة فولدت ثم ملكها وولدها عتق الولد عليه وجاز بيع الام وقال
زفر لا يجوز بيعها وهي بمنزلة ام ولد لنا ان الاستيلاد حرية تتعلق بالنسب والنسب لم يثبت
فلم يثبت الاستيلاد وانما عتق الولد لانه في حكم الجزء منه صار كعتقه بالاعتاق وجه قول
زفر ان حكم الحرية لما ثبت لهذا الولد بالولادة وجب ان يثبت لامه ذلك دليله الولد الثابت
النسب **قال** واذا وطي الاب جارية ابنه فجات بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت
ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها اما ثبوت النسب فلان للاب

شبهة ملك بدليل قوله عليه السلام انت ومالك لابيك واقل احوال هذه الاضافة ان يثبت
شبهة الملك وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من
كسبه فكلوا من كسب اولادكم واذا اضيف مال الابن الى الاب بانه كسبه صار شبهة وشبهة
الملك بمنزلة نفس الملك في ثبوت النسب كما ان شبهة النكاح بمنزلة النكاح في ثبوت النسب
وتحريره ان كل واحد من الملك والنكاح سبب في ثبوت النسب فاذا كانت شبهة احدهما مثله كذلك
شبهة الاخر واما ثبوت الاستيلاد بالجارية فهو قول اصحابنا وقد روي ان اخر ما استقر عليه
قول ابي يوسف ان الاستيلاد لا يثبت وهو احد قولي الشافعي وجه قول اصحابنا ان الاب محتاج
الى نقل الجارية الى نفسه ليثبت نسب ولدها منه وما احتاج اليه من مال ابنه فله اخذه
بغير رضاه كمقدار طعامه وشرابه وكسوته ولان الاب كان يملك نقل هذه الجارية الى نفسه
بالاستيلاد في حال صغر الابن وحق الاستيلاد لا ينفسخ فوجب ان لا يزول ملكه عن ذلك ببلوغ
الابن وجه قول ابي يوسف ان دعوة المولى في ولد جارية مكاتبه اقوى من دعوة الاب فاذا
لم يثبت الاستيلاد هناك فهاهنا اولى والجواب ان المكاتب لا يثبت في ماله التبرع فلو اثبتنا
الاستيلاد هناك لنقلنا الجارية والولد بقيمة الام وهذا تبرع باحدهما فلم يصح وليس كذلك
الابن لانه يثبت في ماله التبرع فجاز ان يثبت الاستيلاد وكان الشيخ ابو بكر الرازي يفرق
بينهما ويقول ان المولى لا شبهة له في مال مكاتبه وانما شبهته في رقبته بدليل ان كسب
المكاتب بعد الاداء كله له ولا شبهة له فيه فاما الاب فشبهته في مال ابنه بدليل ثبوتها بعد
بلوغه فافترقا واما وجوب قيمة الجارية على الاب فلانا نقلنا اليه من مال الابن ولا يجوز
نقل مال الابن الى الاب بغير عوض من غير حاجة ويستوي في ذلك اعسار الاب ويساره
لانه ضمان نقل فلا يختلف بذلك كالبيع وانما لم يلزمه عقرها لانه لزمه ضمان جميع قيمتها
وضمان العقر هو ضمان الجزء اذا تعلق ضمان الجزء وضمان الكل بسبب واحد دخل الاقل في
الاكثر كمن قطع يد رجل فمات ولا يشبه هذا اذا ادعى احد الشريكين ولد الجارية انه يلزمه
نصف قيمتها ونصف عقرها لان كل واحد منهما ضمان جزء فلا يدخل احدهما في الاخر وقد
قال الشافعي رحمه الله في احد قوليه اذا ثبت الاستيلاد ان عليه العقر قال لان وجوب
القيمة لا ينفي وجوب العقر اصله احد الشريكين اذا استولد الجارية المشتركة وقد
بينا الفرق بينهما وانما لم يلزمه قيمة الولد لانا نقلنا الجارية اليه بالعلوق فملكها من ذلك

الوقت

الوقت فيكون العلوق على ملكه ولان الولد في تلك الحال ايضا لا قيمة له فلم يلزمه شي لاجله وقد قالوا
ان الولد حر الاصل لانه لما ملك الام بالعلوق صار حادثا على ملك الواطي فلا يثبت عليه الولاء **قال**
واذا وطي ابو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب فان كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب
اما الدليل على صحة دعوة الجد لولد جارية ابن ابنه هو ان له شبهة ملك في مال ابن ابنه كما للاب الا ترى
ان الجد لو قتل الامة لم يلزمه القصاص بقتلها ولا يجب عليه الحد بوطيها نصا كالاب الا ان صحة
دعوته تقف على خروج الاب من ان تكون له ولاية قبل العلوق مثل ان يموت وذلك لان الجد
لا ولاية له في مال ابن الابن مع وجود ولاية الاب فهو بمنزلة الاجنبي فلا تقبل دعوته ومتى
مات الاب فالولاية للجد فصار كالاب فتصح دعوته فان كان الاب حيا ولا ولاية له مثل
ان يكون كافرا او عبدا او مجنونا فالولاية للجد فتصح دعوته فان عادت ولاية الاب بان اسلم
او اعتق او افاق قبل الدعوة لم تقبل دعوته بعد ذلك لان ولاية الجد قد سقطت في حال
من احوال العلوق **قال** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهم
ثبت نسبه منه وصارت ام ولد وعليه نصف عقرها ونصف قيمتها ولا شي عليه
من قيمة الولد اما ثبوت نسبه فلان النسب يثبت لشبهة الملك فلان يثبت بنفس الملك
اولى ويصير نصيبه من الجارية ام ولد لانها ولدت من مولاها كما لو كانت له وحده وينتقل
اليه نصيب شريكه فتصير ام ولد لان الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه لانه
حرية متعلقة بالنسب فلا تتبعض كنفس النسب وعليه نصف عقرها لانه وطي ملك شريكه
والوطء التام في الملك التام اذا لم يوجب الحد اوجب العقر وقد سقط عنه الحد بالشبهة
فيلزمه العقر وعليه نصف قيمتها لانا نقلنا اليه ملك شريكه فلا يجوز ان ننقله اليه
الا بعوض ولا عوض الا بالقيمة قالوا ولا يدخل العقر في قيمة ام الولد لان كل واحد منهما ضمان
جزء فلا يدخل احدهما في الاخر ولا يضمن قيمة الولد لانا نقلنا نصيب شريكه في الجارية
بالعلوق فصار الولد حادثا على ملكه فلا يلزمه ضمانه ويستوي في ضمان الام اليسار
والاعسار لانه ضمان نقل فصار كضمان البيع وقد روي عن ابي يوسف انه ان كان المدعي معسرا
سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد سلمت لها فاذا تعذر التضمين لزمها السعاية كالعتق
الموقع هذا كله اذا كانت حملت على ملكهما فان كانا اشترياها وهي حامل فولدت فادعاه
احدهما ثبت نسبه ويضمن لشريكه قيمة نصف ذلك لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكهما

لم يجز اسناد الدعوة الى وقت العلوق الا انه قد ادعى نسب ولد بعضه على ملكه فيكون دعوى
ملك ودعوة الملك بمنزلة عتاق ولو اعتق هذا العبد ضمن نصيب شريكه كذلك هذا ويستوي
فيه اليسار والاعسار لانه ضمان نقل على ما بيناه ولا يشبه هذا اذا كانت حملت على ملكهما
لانا لما اسندنا الدعوة الى حين العلوق كان الولد حادثا على ملكه فسقط ضمانه وههنا
لابد من فداء الولد بالضمان لما لم يمكن ان يسند ذلك الى وقت العلوق ولا عقر عليه لانه لم
يطأها قبل الشرا ولا عقر للشريك لاجل وطي لم يوجد في ملكه فاما الام فقد اعترف
بالاستيلاد في نصيبه فقبل اعترافه والاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه فينتقل
نصيب شريكه اليه وتصير ام ولد له ويضمن نصيب شريكه **قال** فان ادعياه جميعا
معا ثبت نسبه منهما وكانت الام ام ولدهما وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على
الاخر اما النسب فيثبت منهما وقال الشافعي يرجع فيه الى القافة لنا ما روي ان عمر
ابن الخطاب كتب اليه في جارية بين شريكين جات بولد فادعياه فقال عمر انهما لبسا فلبس
عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير وروي عن علي رضي الله عنه مثله ولا مخالف لهما ولانهما تساويا في سبب
الاستحقاق فلا يتقدم احدهما على الاخر كالاثنين اذا اقام كل واحد منهما بينة بالنسب
فان قيل روي ان رجلين تنازعا في نسب ولد فدعا عمر بقائفين وسالهما عن ذلك ولم
ينكر عليه احد من الصحابة قيل له روي انه ادعى بهما وفرق بينهما وسالهما فلما قالا اوجعهما
ضربا ولم يقبل قولهما فصار هذا دليلا لنا فان قيل فلم سالهما قيل له كانا قائفين في الجاهلية
فاراد ان يعرف انهما على ذلك او تابا فلما عرف انهما باقيان على ما كانا عليه ادبهما ليرجعا
عنه والذي يوكد ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن امية وامراته
قال ان اتت بالولد على صفة كذا فهو لهلال وان اتت به على صفة كذا فهو لشريك ولم
يرجع في ذلك الى القافة فان قيل فقد رجع الى التشبيه وهذا هو القيافة قيل له النبي
صلى الله عليه وسلم عرف ذلك من طريق الوحي فاما ان يكون ما قاله طريق من القيافة
فلا واذا ثبت ما قلناه وان النسب ثبت منهما صارت لكل واحد منهما ام ولد لان نسب
ولدها ثبت منه فصار كالمنفرد بالدعوة ولا يضمن واحد منهما لصاحبه شيا من قيمة
الجارية لان نصيبه لم ينتقل الى شريكه والضمان انما يجب اذا انتقل اليه الا انه قد وجب

لكل

لكل واحد منهما على الاخر نصف العقر فيكون احدهما قصاصا بالاخر **قال** ويرث الابن من كل واحد
منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد وذلك لان كل واحد من المدعيين ادعا
انه ابنه وانه يستحق من ماله ميراث ابن كامل فيقبل قوله على نفسه واما في حق الابن فكل واحد
منهما يدعي في ماله استحقاق قدر بالميراث والاخر يدعيه ايضا وقد تساويا في سبب
الاستحقاق فيكون بينهما كما لو اقاما بينة على شي واحد وقد قال ابو حنيفة لو كانت الام بين
ثلثة او اربعة او خمسة فادعوه فهو ابنهم وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين وقال
محمد ثلثه وجه قول ابي حنيفة انهم تساووا في سبب الاستحقاق فصار كما لو اقاموا
البينة على ذلك وجه قول ابي يوسف ان القياس يمنع ان يثبت النسب من اكثر من واحد وانما
تركنا القياس في الاثنين لما روي عن عمر فما زاد على ذلك على اصل القياس وجه قول محمد ان الحمل
الواحد يجوز ان يكون ثلثة اولاد معتادا وكل منهم يجوز ان يخلق من ما منفرد فكذلك الولد الواحد
يجوز ان يخلق من ثلثة وقد جا عن ابرهيم انه اثبت النسب من ثلاثه وما زاد على ذلك ليس
معتادا في الحمل ولا ورد به اثر فلم يثبت واذا ثبت من اصل ابي يوسف انه لا يثبت النسب
من اكثر من اثنين وعند محمد لا يثبت من اكثر من ثلثة فاذا ادعاه اكثر من ذلك لم يكن بعضهم
بثبوت النسب اولى من بعض توقفت الدعوة على بلوغ الصبي فيصدق من شا منهم كمن ادعى
في غير ملكه ان دعواه يقف على التصديق **قال** واذا وطي جارية مكاتبة فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ولكن عليه عقرها وقيمة ولدها ولا
تصير ام ولد وان كذبه في النسب لم يثبت اما اعتبار التصديق في ثبوت النسب فلان المولى
عقد على نفسه ان لا يتعرض لشي من مال مكاتبه بغير رضاه فلو جوزنا الدعوة كان نقضا
لما التزمه وهذا لا يصح وليس كذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه انه لا يعتبر تصديق الابن
لانه لم يعقد على نفسه عقدا منع به التصرف في مال ولده فلذلك لم تقف دعوته على
تصديقه وقد روي عن ابي يوسف انه قال لا يعتبر تصديق المكاتب لان مال الكتابة
موقوف على مولاه فدعوته فيه اقوى من دعوة الاب فاذا لم يعتبر في دعوة الاب التصديق
فالمكاتب اولى وهذا لا يصح لانه لو ثبت النسب من غير تصديق المكاتب لوجب ان يثبت الاستيلاد
في الام كما ثبت في جارية الابن فلما لم يثبت ذلك دل على الخلاف بينهما واذا ثبت نسب الولد بتصديق
المكاتب لزم المولى قيمته لان النسب يثبت لوجود شبهة الملك فاحتاج الى نقله اليه ونقل

ملك المكاتب لايجوز الا بالقيمة وعليه العقر لان الوطء في ملك الغير لايخلوا من حد او مهر وقد سقط الحد بالشبهة فوجب العقر ولايشبه هذا الاب اذا ادعا ولد جارية ابنه انه لايلزمه العقر لان هناك لزمه ودخل في ضمان قيمة الام لانه ضمان جزء وفي مسئلتنا لايجب قيمة الام فيلزمه العقر فاما الام فلا تصير ام ولد لانها انما تصير ام ولد اذا نقلناها الى ملكه وليس يمكن نقلها لانا لو نقلناها لنقلناها من يوم العلوق وفي تلك الحال الولد لاقيمة له فيودي الى نقل شخصين في الظاهر اليه بقيمة احدهما الا ترى ان النقل حصل في هذا الوقت وانما يستند الى ما تقدم ونقل شخصين بقيمة احدهما معنى التبرع ومال المكاتب لايحتمل التبرع ولايشبه هذا مال الابن لانه يحتمل التبرع ه

باب الكتابه الاصل في جواز الكتابة قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا وان كان بلفظ الامر فعند جميع الفقها المراد به الندب وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وهذا يدل على جواز الكتابة والكتابة مندوب اليها غير واجبة والدليل عليه جواز عتق العبد وبيعه بالاجماع ولو وجبت الكتابة لم يجز بيعه والذي روي ان عمر بن الخطاب رفع الدرة على انس بن مالك حين طلب منه عبدا يسمى سيرين الكتابة فمنعه وقال له كاتبه فليس يدل على انه يعتقد وجوب الكتابة على المولى الا ترى انه قد يامر على جهة الندب والاستحباب دون الايجاب فلا يحمل على الايجاب بالشك **قال** رحمه الله واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز الكتابة فقد بيناه واما اعتبار قبول العبد فلان العبد لايلزمه اداء المال الا بالتزامه والمولى لم يرض باخراجه الى العتق الا بالمال المشروط فوقف على قبول العبد كذلك والتزامه **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا او يجوز موجلا ومنجما وقال الشافعي لايجوز الكتابة الحالة لنا قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ولم يفصل ولانه عقد ليس من شرطه التاجيل فلا يكون من شرطه التاجيل اصله عقد البيع فان قيل روي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين قيل له هذا يدل على جواز الكتابة على نجمين ولا يدل على انها لاتجوز عند عدمها فان قيل عقد على ما يعجز عن تسليمه عقيب وجوب تسليمه فوجب ان لايصح اصله اذا اسلم في معدوم قيل له هذا يبطل بمن باع عبدا بخراسان وهو ببغداد ولانا لانسلم انه يعجز عن تسليم ما وجب عليه بعد وجوب تسليمه لان عندنا لايجب عليه تسليم المال في الحال ولكنه يوجل يومين

اوثلثة

اوثلثة ليتوصل الى تحصيل مال الكتابة ولا يعلم انه يعجز عن تحصيله لجواز ان يقدر على ذلك ويجوز ايضا ان يقبضه انسان في الحال ما لا يوديه في الكتابة فلم يعلم عجزه ثم المعنى في الاصل انه مبيع وبيع ما يعجز عن تسليم ثمنه لا يفسد اصله المفلس اذا اشترى بمال لا يملكه والدليل على جواز الكتابة موجلا انه بدل عن العتق فجاز موجلا كالعتق على مال وانما جاز منجما فلما ذكرناه من خبر علي رضوان الله عليه **قال** وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشرا والبيع وقال الشافعي لايصح وهذه المسئلة فرع على جواز الاذن للصبي في التجارة ولانه قادر على الاكتساب والصغر يوجب الحجر فلا يمنع جواز الكتابة كالرق **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه فيجوز له البيع والشرا والسفر اما خروجه من يد المولى فلان عقد الكتابة اوجب ثبوت المال في ذمة المكاتب فصار ماذونا وسببا في كل ما يتوصل به الى ادا مال الكتابة فيصير المكاتب بذلك في يد نفسه ويصير له ذمة كذمة الحر ويكون اخص باكتسابه من مولاه فلا يجوز لمولاه اخذ شي من كسبه بغير رضاه ولان هذا كله يتوصل به الى ادا المال فكان مقتضى العقد وقال الشافعي لايجوز له ان يسافر وهذا لا يصح لان السفر تصرف يودي الى ادا مال الكتابة ليس فيه صريح تبرع فجاز كالبيع فان قيل فيه غرر وخطر قيل له يبطل بالرهن والوديعة فان فيه ذلك ويصح من المكاتب واما قوله ولا يخرج من ملكه فصحيح وعندنا لايعتق الا باداء جميع المال وقد روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر وعايشة وام سلمة وعن ابن عباس انه يعتق بالعقد ويكون المال عليه دينا وقال علي رضي الله عنه كلما ادى شيئا عتق بقدره وعن ابن مسعود اذا ادى قدر قيمته عتق وهو غريم وعن عمر اذا ادى النصف عتق دليلنا ما روي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وروي عنه عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم واما قوله انه يجوز له البيع والشرا والسفر فلان هذا انما يحصل به مال الكتابة فملكه بالعقد **قال** ولا يجوز له التزوج الا باذن المولى وذلك لما بينا ان المكاتب باق على ملك المولى وانما يستفيد بعقد الكتابة ما يودي الى ادا مال الكتابة وهذا المعنى لا يوجد في النكاح فبقي على الحجر فاذا اذن له المولى جاز لزوال الحجر باذنه **قال** ولا يهب ولا يتصدق الا بالشي اليسير وذلك لان ما في يد المكاتب موقوف والهبة والصدقة تبرع وتبرع الانسان في غير ملكه لا يصح ولان تعلق حق

المولي بالمال هو للمانع من وقوع ملك المكاتب وتعلق حق الغير بالمال يمنع التبرع الدليل عليه
حق الغرماء واما الصدقة بالشي اليسير فالقياس انه لايجوز ايضا وهو قول الشافعي لانه
تبرع فلا يجوز كما لايجوز بالكثير الا انهم استحسنوا فيه لما روي ان سلمان وكان مكاتبا اهدى
الي النبي صلي الله عليه وسلم فقبل هديته ولانه يتوصل بذلك الي اداء مال الكتابة لانه من
عادة التجار وفيه ترغيب التجار فيه فلذلك يجوز قال ولا يتكفل لانه تبرع بمنزلة القرض
وقرضه لايجوز كذلك هذا وقد قالوا لو اجاز المولي كفالته او هبته لم تصح ايضا لانه لايملك
له في ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة الغريم اذا اجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت
انه لايجوز قال وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته وكان حكمه كحكمه وكسبه له وذلك
لان الولد من حكمه ان يتبع الام ما لم ينتقل بالام حكمه عنه الا تري ان ولد الحر من امته
حر الاصل لان الام في ملكه فلم ينتقل حكمه الي غيره فكذلك ولد المكاتب من امته يكون في حكمه
وكذلك ايضا ولد المكاتبة يدخل في كتابتها وقال الشافعي لا يدخل في الكتابة ولكنه يعتق
بعتقها في احد القولين ولا يعتق علي القول الاخر لنا انه عقد علي الرق بعوض فدخل فيه الولد
علي طريق التبع كالبيع ولانه حق حرية ثبت للام يمنع جواز البيع فيسري الي الولد اصله
التدبير والاستيلاد فان قيل الولد اما ان يكون ملكا للمولي او للمكاتب ولا يجوز ان يكون ملكا
للمكاتب لانه لا يملك شيا فلم يبق الا ان يكون ملكا للمولي وهو لم يرض بالكتابة الا في الام خاصة
فلم يلزمه ما لم يرض به قيل له هذا التقسيم موجود في ولد ام الولد وبيعها في حكمها فاي شي
انفصلوا به هناك فهو الجواب في مسئلتنا واذا ثبت ان الولد يدخل في كتابة الاب كان كسبه
له لانه لو لم يدخل معه لكان هو وكسبه له فلا يبطل ملكه عن كسبه بدعوته لانه لا يملك اخراج
ملكه الي غيره بغير بدل وان كان الكسب له بعد الدعوة قال فان زوج المولي امته من
عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها وذلك لان الولد نما من
الام وقد انفصل منها وله قيمة وانفصل من الاب وهو مما لا قيمة له فصار من هذا
الوجه في حكم جزء من اجزائها فتكون احق به وبكسبه ولانه لاحق حرية فيسري من الام
الي الولد فلذلك كانت احق به قال وان وطي المولي مكاتبته لزمه العقر وذلك لانها
انها خرجت بالكتابة من يده وصارت احق بنفسها منه والعقر هو بدل جزء من اجزائها
ولو اتلف جزءا من اجزائها كان ارشها كذلك هذا قال فان جني عليها او علي ولدها لزمه

الجنا

الجناية وان اتلف مالا لها غرمه وذلك لما بينا ان عقد الكتابة اوجب لها ان تكون احق بنفسها
واكسابها من المولي وان لا ياخذ منها شيا من ذلك الا برضاها فصار من هذا الوجه بمنزلة الاجنبي
فيلزمه الضمان كما يلزم الاجنبي وكما يلزم المولي ارش الجناية علي العبد المرهون قال واذا
اشتري المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وجملة هذا ان المكاتب اذا اشتري ذوي
ارحامه دخل في الكتابة من له ولاد استحسانا ولا يدخل غيرهم وقال ابو يوسف ومحمد
يدخل في الكتابة كل من يعتق علي الحر اذا ملكه وجه القياس ان المشتري كسب له حقوق لا تسري
الي الاكتساب بدليل كسب المدبر وام الولد وكسب الجارية المبيعة في يد البايع ولانهم لو
دخلوا في الكتابة استحقوا الحرية من غير عوض والمكاتب لا يملك هذه الاسما وانما استحسنوا
في الابوين والولد لانهم ينسبون اليه بالولاد فصار كالولد المولود وهذا الموضع وان كان
استحسانا فانه لا يجوز القياس عليه اذا اجمعوا علي جواز القياس عليه وجه قولهما ان
المشتري اذا كان بينه وبين المشتري رحم كامل صار في حكمه الدليل عليه الحر اذا اشتري
ذا رحم محرم والجواب ان الحر يملك ايقاع الحرية من غير عوض والمكاتب لا يملكها وليس
هذا بمنزلة المولود في الكتابة لان هناك الحرية ثبتت له من حيث السراية فيعتق من
طريق الحكم لا بفعله قال وان اشتري ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز له بيعها
اما دخول الولد في الكتابة فقد بيناه واما قوله ولا يجوز بيع الام فلا خلاف فيه بين اصحابنا
واختلفوا اذا اشتراها ولا ولد لها فقال ابو حنيفة يجوز بيعها وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز بيعها وجه قول ابي حنيفة ان القياس يقتضي بيعها وان كان معها ولد لان
حق الاستيلاد مما لا يلحقه الفسخ ومال المكاتب موقوف فلم يجز ان يتعلق به ما لا يلحقه
الفسخ ولان ماله موقوف عليه وعلي مولاه والاستيلاد لا يثبت بدعوي المولي كذلك
بدعواه وانما تركوا القياس اذا كان هناك ولد لان حق الحرية ثبت لها علي طريق التبع الا تري
ان المكاتب يجوز ان يموت فيلحقه الولد فتستحق الام الحرية واذا انفردت لا يوجد هذا
المعني فجاز بيعها وجه قولهما ان من منع من بيع ولده منع من بيع امه كالحر قال فان اشتري
ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقد بينا ذلك قال واذا
بيان تعجيزه
عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه
وانتظر عليه اليومين والثلاثة وان لم يكن له وجه وطلب المولي تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة

وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وانما قلنا انه لا يعجل بتعجيزه لانه اذا كان
له مال تقدم عليه فهو غير عاجز وهذا القدر من التاخير لا يوجب الحكم بعجزه كما ان الغريم
الحر اذا اقر بدين وسال ان يمهله اليوم واليومين ليحضر المال او ليبيع عينا في يده اجابه
الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا من ادايه ولم يحبسه فكذلك هذا اذا لم يكن له وجه فقد تبين
عجزه والمولى لم يرض باستحقاق الحرية عليه الا باداء المال على هذا الوجه فلا يلزمه ما لم يرض
ولانه ليس في اعتبار نجمين اولى من اعتبار ما زاد عليهما وجه قول ابي يوسف انه لا يتحقق
العجز بتاخير نجم واحد لجواز ان يكون له مال يرداد ودين يقتضي ولا يجوز فسخ الكتابة مع
عدم العجز وليس كذلك اذا توالى عليه نجمان لانه اذا عجز عن نجمين فالظاهر انه يعجز عن الثالث
قال واذا عجز المكاتب عاد الى حكم الرق وكان ما في يده من الاكساب لمولاه وذلك لان في
تعجيزه فسخ الكتابة واذا انفسخ العقد عاد الى ما كان عليه من الرق قبل ذلك فاما الذي في يده
من الاكساب لمولاه وقد كان موقوفا وعلى مولاه فلما عاد الى الرق زال المعنى الموجب لايقا
فكانت للمولى لانها متولدة من ملكه قال وان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ وقضى ما عليه من
اكسابه وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وقال الشافعي الكتابة تبطل بالموت لنا ان
الكتابة عقد معاوضة لا تبطل بموت احد المتعاقدين بكل حال فلا تبطل بموت العاقد الاخر
اصله البيع ولانه احد عاقدي الكتابة فجاز ان يقوم غيره مقام موته في الحكم المتعلق بموت
الكتابة اصله المولى فان قيل لا يخلو اما ان يعتق المكاتب حال الادا او حال الحياة وحال
الادا هو ميت والعتق لا يقع على الميت ولا يجوز ان يعتق حال الحياة لان شرط وقوع العتق
لم يوجد وهو الادا فلم يبق الا ان لا يعتق وهذا يوجب فسخ الكتابة قيل له شرط وقوع العتق
في الكتابة ليس هو وجود الادا وانما هو سقوط الدين عن ذمة المكاتب على وجه ينتفع به المولى
الا ترى انه لو ابراه حال الحيوة عتق ولم يوجد الادا لان المال سقط عن ذمته على وجه ينتفع
به المولى وهو الثواب واذا ثبت هذا قلنا اذا مات سقط الدين عن ذمته لان الموت
يبطل الذمة الا انا لا نحكم بوقوع العتق لانا لا نعلم ان هذا السقوط انتفع به المولى فاذا ادى
المال بعد موته تبينا ان سقوط الدين عن ذمته كان على وجه ينتفع به المولى وهو شرط
وقوع العتق فوقع في اخر جزء من اجزاء حياته وهو الوقت الذي يبطل ذمته فلا يكون
في هذا ايقاع العتق قبل وجود شرطه قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في

الكـ

الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد وذلك لما
بينا ان الولد يدخل في الكتابة ويكون كسبه كسبا للمكاتب فاذا مات المكاتب خلفه الولد في الادا
فصار كان المكاتب ترك مالا ويودي الولد على نجوم المكاتب لان حق الكتابة سرى اليه فيثبت
نسبه ولد الحق على ما كان ثابتا لابيه ويثبت له حق التاجيل كما كان لابيه فلا يسقط ذلك بموت
ابيه وبهذا فارق الحر اذا كان عليه دين موجل فمات يحل لان من يقوم مقامه في الادا لم
يثبت له حق التاجيل واذا ثبت ما قلناه ثم ادى الولد المال حكمنا بعتق ابيه قبل موته لما
بينا وجود شرط العتق واذا عتق الاب عتق الولد ومثل هذا غير ممتنع ان يثبت الحكم ويستند
الى ما تقدم كمن حفر بيرا في الطريق ثم مات وله عبد لا مال له غيره فاعتق المولى العبد
ثم وقع في البير انسان فان الوارث يضمن قيمة العبد ويصير كانه اتلف العبد بعد ثبوت
الجناية وكمن ترك ابنين وعليه دين مستغرق ثم مات احد الابنين وترك ابنا ثم ابرا الغرما
من الدين فان المال يكون بين الابن وابن الابن نصفين قال وان ترك ولدا مشترى قيل له
اما ان يودي الكتابة حالة والا رددت في الرق وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يوديه الى اجله وجه قول ابي حنيفة ان الولد المشترى لا يدخل في
الكتابة على ما بيناه وانما يثبت له حكم الكتابة على وجه التبع فصار كمن كاتب عبده على الف
وشرط في ادايه عتق عبده الغايب ثم مات المكاتب فان الاجل لا يثبت في حق الغايب كذلك
هذا وليس كذلك المولود في الكتابة لان الحق سرى اليه على الوجه الذي تعلق بالاجل فلهذا
ثبت في حقه التاجيل وجه قولهما ان الولد المشترى يدخل في الكتابة على اصلهما فصار
كالمولود في الكتابة واذا ثبت من اصل ابي حنيفة ان التاجيل لا يثبت في حقه صار مال
الكتابة حالا بموت الكاتب فان اداه الابن حالا وجد شرط العتق فعتق بعتق ابيه وان لم
يوده حكم برقه لانا حكمنا بعجز ابيه فاوجب ذلك رد ولده الى الرق قال واذا كاتب المسلم
عبده على خمر او على خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة وذلك لان الخمر بدل فاسد
ممنوع منه لحق الله تعالى واذا بطل ان يكون بدلا فسد العقد كما لو ذكر في عقد البيع وانما
العقد على القيمة فاسد ايضا لان القيمة مجهولة جهالة كبيرة وجهالة البدل يوجب بطلان
العقد اصله البيع ولا يشبه هذا اذا كاتبه على عبد لان العبد معلوم وصفته مجهولة
وجهالة الصفة لا يمنع صحة العقد قال واذا ادى الخمر عتق ولزمه ان يسعى في

قيمته هكذا ذكره محمد في الاصل من غير تفصيل وهو قول ابي يوسف وروي ابو يوسف عن
ابي حنيفة انه قال لا يعتق باداها الا ان يكون قال اذا ادت الي فانت حرة وجه ما رواه
ابو يوسف ان الكتابة فيها معني اليمين وفيها معني العقود بدليل انها لا تبطل بالموت ولو كانت
يمينا لبطلت بالموت واذا بطل معني العقد فيها بقي معني اليمين فيها يوجب اعتبار التصريح بالشرط
فاذا لم يوجد لم يعتق وجه ما ذكره في الاصل كقوله ان اتيتك بكذا يقتضي الادا من طريق الحكم
فصار كانه شرط ذلك فاذا وجد عتق وانما لزمته قيمته اذا اعتق لان العقد الفاسد اذا تلف
فيه المعقود عليه وجب قيمته اصله اذا تلف المبيع في العقد الفاسد في يد المشتري وقد
ذكر في الاصل انه لو كاتبه علي ميتة او دم فاداه لم يعتق الا ان يكون قال اذا اديتها فانت
حر والفرق بينهما علي رواية الاصل ان الميتة لا قيمة لها فلم تتضمن ذكرها معني العوض فاعتبر
معني الشرط وليس كذلك الخمر لانها مال وانما يبطل فيها حكم التسمية في حق المسلم فصار
العقد واقعا علي بدل فاعتبر فيه معني العقود يبين صحة ذلك ان البيع لو وقع بخمر فقبض
المبيع ملكه ولو وقع بميتة فقبض المبيع لم يملكه قال ولا ينقص من المسمي ويزاد عليه وذلك لما
بينا انه عقد فاسد والعقد الفاسد اذا تلف فيه المعقود عليه وجبت قيمته بالغة ما بلغت
كذلك هذا قال وان كاتبه علي حيوان غير موصوف فالكتابة جايزة وقال الشافعي لا تجوز
لنا انه بدل عما ليس بمال فاذا ثبت في الذمة جاز ان يثبت منه الوسط من وصف اصله الديات
فان قيل ما لا يجوز ثبوته في الذمة بعقد البيع لا يجوز ثبوته في الذمة بعقد الكتابة اصله الخمر
قيل له عقد الكتابة قد سومح فيه ما لم يسامح في عقد البيع الا تري ان عقد الكتابة جاز بيع
ملكه وهذا لا يوجد في ساير العقود واما الخمر فلا يجوز ثبوتها في الذمة في الديات كذلك في
الكتابة والحيوان المطلق بخلافه قال واذا كاتب عبديه كتابة واحدة بالف درهم جاز
ومعني قولنا كتابة واحدة ان يقول ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق وانما جاز العقد
كذلك لان ما جاز ان يجمع بينهما فيه بعقدين فانه يجوز بعقد واحد كالبيع قال فان اديا عتقا
وان عجزا ردا في الرق وقال زفر ان ادي احدهما حصته عتق لنا ان العقد صفقة واحدة
فلا يقع العتق باداء البعض ككتابة العبد الواحد وكما لو جعل كل واحد منهما كفيلا عن الاخر
ولان الكتابة فيها معني الشرط بدليل ان العتق يقع في فاسدها بالادا لوجود الشرط
والعتق اذا تعلق بشرطين لم يقع بوجود احدهما وجه قول زفر ان المولي قد سلم له البدل

فوجب ان يسلم للعبد المبدل ولان العبد لا يلزمه اكثر من ادا نصيبه فلم يقف عتقه علي ما لا يلزمه
وقد روي بن شجاع عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لو قال لعبديه كاتبتكما علي الف ولم يذكر النجوم
ولا قال ان اديا عتقا فان ادي احدهما حصته عتق فكانه لما لم يذكر النجوم دل علي انه لم يجعل ذلك
صفقة واحدة ويصير كما لو قال لرجلين بعتكما هذين العبدين هذا منك وهذا من الاخر بالف
فقبلا لزم علي كل واحد منهما حصته من الثمن كذلك هذا قال وان كاتبهما علي ان كل واحد منهما
ضامن عن الاخر جازت الكتابة وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي
لنا انه كاتب كل واحد منهما وجعل عتق الاخر مشروطا في كتابته وهو على ذلك الا تري انه لو قال
لعبده كاتبتك علي الف علي انك اذا اديت فهذا العبد الاخر معك حر جاز فاذا جمع بينهما في هذا
الشرط جاز ايضا فان قيل هذا العقد باطل من وجهين احدهما انه شرط الكفالة بمال الكتابة
وذلك لا يصح والثاني انه جعل المكاتب كفيلا وكفالة المكاتب لا تصح قيل له الكفالة بمال الكتابة
انما لا تصح من الحر لان دين الكتابة ناقص الا تري ان المولي لا يجوز ان يثبت له علي عبده دين صحيح
ولا يجوز ان يثبت في ذمة الكفيل اكثر مما يثبت في ذمة المكفول عنه فلو صحت كفالة الحر بمال
الكتابة لثبت في ذمته كاملا وهو اكثر مما في ذمة المكفول عنه فلو صحت كفالة الحر بمال الكتابة
لثبت في ذمته المكفول فيصح واما كفالة المكاتب فلا يصح لانها تبرع وتبرع المكاتب لا يصح وهذا
لا يوجد في مسئلتنا لان عتقه معلق بهذه الكفالة فهو يعتق باداء المال فلم يكن ذلك تبرعا فيصح
قال وايهما ادي عتق لانه وجد الشرط الموجب للعتق قال ويرجع علي شريكه بنصف ما ادي
وهذا لا شبهة فيه اذا اجتمع المال لانه ادي جميع المال الذي تكفل به عن صاحبه فكان له
الرجوع والذي كان علي صاحبه بنصفه لان المال لزمهما فيرجع بذلك وقد قالوا اذا ادي قليلا
او كثيرا فله ان يرجع علي صاحبه بنصفه لان المال لزمهما بجهة واحدة وهي عقد الكتابة ولو كان
لزم كل واحد منهما نصف المال عوضا عن نفسه ونصفه بالكفالة لعتق باداء النصف
فلما لم يعتق الا باداء الجميع علم انه لزم كل واحد منهما جميعه بجهة واحدة فاي شي قد ادي رجع
بنصفه كما لو قالوا في الكفيلين بمال واحد اذا كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولا يشبه
هذا المتفاوضين اذا اشتريا شيا ثم افترقا ان ما يودي كل واحد منهما لا يرجع بشي منه
حتي يزيد علي حصته من الثمن لان المال ههنا لزمهما بجهتين احداهما الشرا والاخري الكفالة
فاذا زاد علي ذلك رجع به قال واذا اعتق المولي مكاتبه عتق بعتقه وسقط عنه مال

الكتابة وذلك لانه علي ملكه فصح عتقه كغير المكاتب وانما سقط عنه مال الكتابة لان المولي قد
استوفي الرقبة بالعتق فلا يجوز ان ياخذ في مقابلتها بدلا كما لو اعتق غير المكاتب **قال** واذا
مات مولي المكاتب لم تنفسخ الكتابة وقيل له ادي المال الي ورثة المولي علي نجومه وذلك لان
عقد الكتابة سبب استحق به العبد حق الحرية مطلقا فلا تبطل بموت المولي كالتدبير
والاستيلاد ولا خلاف في ذلك واذا لم يبطل العقد والورثة يخلفون الميت ادي اليهم كما كان
يودي حال حيوته **قال** فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه وقال الشافعي في احد قوليه
ينفذ وهذا الخلاف فرع علي اصل وهو ان المكاتب لا يصح ان يملك ولا يجوز بيعه وقال
الشافعي في احد قوليه يجوز لنا انه عقد يوجب زوال يد المولي فمنع البيع كالبيع والرهن
ولان عقد الحرية قد ثبت له مطلقا فلا يجوز بيعه كام الولد فان قيل انه عتق معلق بشرط في
حال الحيوة فلا يمنع البيع كما لو علقه بدخول الدار قيل له المعني فيه انه لا يوجب زوال
يد المولي عنه فلم يمنع من بيعه وههنا بخلافه واذا ثبت ان المكاتب لا يصح ان يملك لم ينتقل
الي الورثة وانما ينتقل اليهم الدين والعتق لا يقع الا في ملك ولم يوجد فلم ينفذ **قال** وان
اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة وهذا الذي ذكره استحسان وكان القياس
ان لا ينفذ وجه القياس ان العتق لا يقع الا في ملك ولا ملك للورثة في المكاتب فلم ينفذ
عتقهم وجه الاستحسان ان عتقهم يقتضي براة ذمته من مال الكتابة والمكاتب يعتق
باحد شيئين اما بالاداء او ببراة ذمته من جميع المال بدليل ان المولي لو ابراه حال الحياة
من المال عتق وقد وجد ذلك في مسلتنا فعتق من هذا الوجه **قال** واذا كاتب المولي
ام ولده جاز وذلك لان رقها باق علي ملكه فصحت الكتابة كالعبد القن فان قيل ان رق ام الولد
لا قيمة له فلا يجوز للمولي اخذ العوض عنه قيل له لرقها قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في
العقود والبياعات الا تري ان ام ولد النصراني اذا اسلمت لزمتها السعاية لهذا المعني
قال فان مات المولي سقط عنها مال الكتابة وذلك لانها استحقت الحرية من وجهين
فاذا مات عتقت بكونها ام ولد فبطل حكم الاخر واذا بطل بطل ما في مقابلته من البدل
قال وان ولدت مكاتبته منه فهي بالخيار ان شاءت مضت علي الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد وذلك لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين وفي كل واحد
منهما فايدة وهو تعجيل الحرية باختيار الكتابة وحصول الحرية بغير بدل اذا اختارت

ان

ان تكون ام ولد فكان الخيار لها كمن قال لعبده انت حر علي مائة دينار ثم قال له ان دخلت
الدار فانت حر وقد قالوا اذا اختارت الكتابة فلها العقر لانه في حكم جزء من اجزائها والمولي
اذا اتلف جزءا من المكاتب فعليه ارشه **قال** واذا كاتب مدبرته جاز وذلك لان
المدبرة ملكها باق علي ملك مولاها الا انه قد ثبت حق الحرية ومن ثبت له حق الحرية من
وجه يجوز ان يثبت له من وجه اخر كما بيناه **قال** فان مات المولي ولا مال له كانت بالخيار
بين ان تسعي في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف تسعي في الاقل ولا خيار وقال محمد تسعي في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي مال
الكتابة ولا خيار لها فقد وافق ابو يوسف ابا حنيفة في اعتبار جميع مال الكتابة والوجه
في ذلك ان المولي قد جعل مال الكتابة في مقابلة رق ناقص فلو اسقطنا منه مقدار ما
عتق بالموت جعلنا البدل في مقابلة رق كامل وهذا لا يصح وليس كذلك اذا كاتبه ثم دبره
لانه جعل مال الكتابة في مقابلة رق كامل فاذا اعتق بعضه بتدبير متاخر استوفي المولي
بعض الرق فلم يجز ان يستحق علي المكاتب جميع البدل وجه قول محمد ان العتق قد وقع
بعد الكتابة فصار كالعتق بالايقاع المبتدا واما ثبوت الخيار علي قول ابي حنيفة فلان
العتق عنده يتبعض وعتق البعض لا يوجب عتق الجميع فصارت الحرية ثابتة له من وجهين
فلها ان تختار ايهما شاءت كمن قال لعبده انت حر علي مائة دينار او علي الف وعلي اصلهما
عتق البعض وجب عتق الجميع والدين ثابت علي حر فلا معني لتخييره بين القليل والكثير
فاما اذا مات المولي وهي تخرج من الثلث فانها تعتق وسقط عنها السعاية بالاجماع لانها
قد استحقت الحرية بالتدبير والمستسعي اذا استحق الحرية من جهة اخري بطلت عنه السعا
قال وان دبر مكاتبته صح التدبير ولها الخيار ان شاءت مضت علي الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت مدبرة وذلك لما بينا انه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان
تختار ما شاءت من ذلك **قال** فان مضت علي كتابتها فمات المولي ولا مال له فهي بالخيار
ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وذلك لانه قد ثبت لها حق
الحرية باحد المالين فلها ان تختار ايهما شاءت وعلي اصلهما تسعي في الاقل من ذلك لان عتق
البعض عندهما يوجب عتق الجميع فهي بمنزلة حر عليه دين فلا معني للخيار ولا خلاف
في هذه المسالة في القدر وانما الخلاف في الخيار لانه حين دبر فقد استوفي منه جزءا

بالتدبير فكانه اعتقه وفي المسألة الاولى الخلاف في القدر ايضا لما بيناه **قال** واذا اعتق
المكاتب عبده على مال لم يجز وان وهب على عوض لم يصح وذلك لان المكاتب لا يصح تبرعه
واخذ العوض على العتق والهبة لا يخرجه من ان يكون عقد تبرع فلم يجز ايضا **قال**
وان كاتب عبده جاز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز للمكاتب ان يكاتب
وهو احد قولي الشافعي وجه القياس انه عقد يفضي الى العتق فلا يملكه المكاتب اصله العتق
على مال وجه الاستحسان انه عقد على الرق بعوض وليس فيه صريح تبرع فجاز كالبيع
ولان هذا انفع له من البيع لانه ياخذ العوض مع بقاء الرقبة على ملكه فكان اولى بالجواز
والفرق بين الكتابة والعتق على مال هو ان العتق على مال هو صريح التبرع وفيه معنى
التبرع فصار كما لو باع وحابى **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى
وان ادى بعد عتق المكاتب الاول وذلك لما بينا ان كتابته قد صحت ومن شرط
الكتابة العتق عند الاداء فاذا ادى عتق فان كان المكاتب الاول لم يعتق لم يثبت له
الولاء لان الولاء لا يثبت لعبد ويثبت للمولى لان هذا العبد الثاني استفاد العتق
بسبب كان من جهته وان كان المكاتب الاول قد عتق قبل اداء الثاني فولاء الثاني له لانه
عتق من جهته وهو حر فثبت له الولاء وقد قالوا اذا ثبت الولاء في هذه المسألة للمولى ثم
عتق المكاتب الاول بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء لانه ولي اعتاقه وذلك لانه لا ينتقل
عمن ثبت له الولاء واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة فالقول قول
المكاتب ولا تحالف في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان
وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه عقد على العتق بعوض فلا يثبت فيه التحالف
اصله العتق على مال وجه قولهما انه عقد بعوض يلحقه الفسخ فصار كالبيع
واذا سقط التحالف كان القول قول المكاتب لان المولى يدعي عليه زيادة عوض
وهو ينكر ذلك فكان القول قوله كما لو اختلفا في العتق على مال وقد قالوا ان
وهب المكاتب المال الكثير باذن المولى لم يصح وقال الشافعي يصح لنا انه تبرع
ضرر على المكاتب فلا يصح وان اذن فيه المولى كالعتق فان قيل الحق لهما لا
يعدوهما فاذا اتفقا عليه جاز كالعبد اذا وهب باذن مولاه قيل له العتق
موقوف في الاصل ان المولى يملك ان يهب ما في يده وبغير رضاه فجاز ان يهب

باذنه

باذنه ولا يجوز له ان يهب ما في يد المكاتب بغير رضاه فلم يملك ان يهب هو باذنه **كتاب**
الولاء الولاء على ضربين ولاء عتاقة وولاء موالاة فولاء العتاقة هو سبب يثبت بالعتق بين المعتق
والمعتق يوجب الارث من احد الجانبين والدليل على ثبوت هذا الحد ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال الولاء لحمة كلحمة النسب فاقتضى تعلق الارث بها كما تعلق الارث
بالنسب وروي انه عليه السلام راى رجلا ومعه غلام فسأله عنه فقال هو عبدي رايته
في السوق فاشتريته واعتقته فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير
له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا فانت عصبته وروي
ان ابنة حمزة اعتقت عبدا فمات وترك ابنة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته
والنصف لابنة حمزة واما ولاء الموالاة فهو اذا والى رجل رجلا وعاقده فان الولاء يصح ويرثه
ان لم يكن له وارث ويعقل عنه وقال الشافعي لا يرثه لنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم
فاتوهم نصيبهم فاوجب نقل الميراث بالمعاقدة وهذا لا يكون الا بالموالاة ولما روي في حديث
تميم الداري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فيمن اسلم على يدي رجل هو احق الناس بمحياه ومماته
فاجمعنا انه لم يرد تعلق الحكم بمجرد الاسلام فلم يبق الا ان يكون المراد به الاسلام والموالاة
ولان ثلث مال الانسان يجوز ان يستحق بعد موته بعقد اذا لم يتعلق به حق معين وان تعلق
به حق لم يصح كذلك بقية المال فان قيل قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد
اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولو كان لهذا المولى حق لذكره قيل له هذا يحتمل انه
اعطى المذكورين ويحتمل انه اعطى كل مستحق وقد علمنا انه لم يعط كل مستحق لانه لم يذكر المولى
ولا الجدة فعلم ان المراد به المذكورين وخلافنا فيمن لم يذكر فان قيل كل سبب لا يورث به مع
وجود النسب فكذلك وجب ان لا يورث به مع عدمه كما لو اسلم على يديه قيل له يورث بالولاء عندنا
مع النسب اذا كان النسب عبدا او كافرا ثم هذا لا يصح لان ولاء العتاقة لا يورث به مع وجود
العصبة من جهة النسب ولا يدل انه لا يورث مع عدمها كذلك هذا **قال** رحمه الله اذا اعتق
الرجل مملوكه فولاؤه له وقد دل على ذلك ما قدمناه من الاخبار **قال** وكذلك المراة لما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث زينب بنت حمزة بقية المال بالولاء **قال** وان شرط
انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق وذلك لما روي ان عايشة رضي الله عنها ارادت
ان تشتري بريرة وتعتقها وكان مواليها شرطوا ان يكون الولاء لهم فسالت النبي صلى الله عليه

وسلم فقال اعتقيها فان الولا لمن اعتق فابطل الشرط وجعل الولا لمن اعتق فابطل الشرط وجعل الولا
لمن اعتق قال واذا ادي المكاتب عتق وولاوه للمولي وكذلك ان اعتق بعد موت المولي وذلك لان
العتق واقع من جهة المولي وان تاخر الي وقت الادا فاشبه العتق المعلق بشرط قال واذا مات
المولي عتق مدبروه وامهات اولاده وولاوهم له لان العتق وقع من جهته وانما تاخر نزوله
وتعلق بالموت فيكون الولا لمن اعتق وقد قالوا في العبد الموصا بعتقه او بشرايه وعتقه بعد
موته ان ولاه للميت لان العتق يقع عنه وتركه علي حكم ملكه فقد وقع العتق في العبد وهو في
حكم ملكه فيكون ولاوه له قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاوه له وذلك لما
روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وفي بعض
الاخبار فهو حر واذا اعتق عليه كان ولاوه له قال واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق
مولي الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولا الحمل لمولي الامة لا ينتقل
عنه ابدا اما وقوع العتق عليهما فلان الحمل في حكم جزء منها فاذا وقع عليها العتق فهو موقع عليه
ايضا كسائر اجزايها واما ثبوت الولا لمولي الام فلقوله عليه السلام الولا لمن اعتق واما قوله
ولا ينتقل عنه ابدا فلانه ولا يثبت بايقاع العتق وذلك لا ينتقل الدليل عليه قوله عليه السلام
الولا لمن اعتق فاثبت للمعتق وظاهره يقتضي ان لا يثبت لغيره ولان النبي صلي الله عليه وسلم
بين لعايشة لما شرطت الولا لموالي بريرة ان الشرط فاسد وان الولا لمن اعتق فلو جاز ان ينتقل
لجاز شرطه لغير المعتق قال وان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاه لمولي الام
فان اعتق الاب جر ولا ابنه وانتقل عن مولي الام الي مولي الاب والاصل في ثبوت جر الولا ما
روي عن علي وعمر وعبد الله وزيد بن ثابت والزبير واخرين رضي الله عنهم ذلك ولا يعرف
لهم مخالف وذكر محمد في الاصل عن عمر بن الخطاب انه قال اذا كاتب الحرة تحت مملوك ثم
عتق الولد بعتقها واذا اعتق ابوهم جر الولا وروي ان الزبير بن العوام ابصر فتية لعسا اعجبه ظرفهم
وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع فاشتري
الزبير اباهم واعتقه وقال لهم انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصموا الي عثمان
ابن عفان رضي الله عنه فحكم بالولا للزبير ولان الولا ضرب من التعصيب والتعصيب
انما يثبت من جهة الاب وعلي هذا جميع الاحكام التي تثبت للابن فانه يتبع الاب فيها الدليل
عليه النصرة والعقل وانما يتبع الاب هذا لتعذر ذلك فاذا اعتق الاب عاد الي الاصل واذا

بثبت

ثبت ما ذكرناه من جر الولا قلنا اذا اعتقها ثم ولدت بعد ذلك لستة اشهر فقد اتت به لمدة حمل
تام فيجوز ان يكون حدث بعد العتق ويجوز وجوده وقت عتق الام فلا يعتقه بالايقاع المتقدم
بالشك فيعتق تبعا للام بسراية العتق اليه واذا كان تبعا لها في العتق كان ولاوه تبعا لولايها
لما تعذر ثبوته من جهة الاب فاذا اعتق الاب امكن ثبوت الولا من جهته فانتقل الي مولي ابيه
فان قيل ان الولا قد جعل في الشريعة بمنزلة النسب والنسب لا ينفسخ فكذلك الولا يجب ان لا
ينفسخ بعد ثبوته قيل له كذلك نقول لا ينفسخ ولكن حدث ولا اولي منه ومتقدم عليه كما نقول
في الاخ له تعصيب فان حدث للرجل ابن كان اولي من الاخ وان لم يبطل تعصيبه ولا يشبه هذه
المسلة ما ذكرناه في المسلة الاولي لان هناك الولا ثبت بالايقاع لا علي وجه التبع للام يبين
ذلك ان الاب لو كان حرا فاعتق مولي الجارية عتقت وولدها وكان ولا الولد لمولي الام دون
مولي الاب لما ذكرناه وههنا ثبت الولا لمولي الام لتعذر ثبوته من جهة الاب لا بالايقاع فاذا
عتق الاب انتقل الولا الي مولاه قال ومن تزوج من العجم معتقة من العرب فولدت له اولادا
فولا اولادها لمواليها عند ابي حنيفة وهو ايضا قول محمد كذا ذكر في الاصل وقال ابو يوسف
حكمه حكم ابيه وجه قول ابي حنيفة ان الولا يثبت للنصرة وهذا موجود من جهة الام لان مواليها
يتناصرون بالقبايل ولا يوجد مثل ذلك من جهة الاب فتعذر ثبوته من جهة الاب فثبت من جهة
الام ولان الاب لو كان عبدا كان ولا الولد لموالي امه لانه لا عاقلة لابيه كذلك في مسلتنا وجه
قول ابي يوسف ان الولا ضرب من التعصيب في هذا المعنى يثبت من جهة الاب دون الام
وعلي هذا الخلاف ايضا اذا كان الاب قد والا رجلا فان ولا الولد لمعتق الام لان لهم ولا عتاقة
وذلك اقوي من ولا الموالاة الا تري انه لا يلحقه الفسخ وولا الموالاة يلحقه الفسخ ولا خلاف
بينهم ان الاب اذا كان عربيا فانه لموالي ابيه لان عقله الي قوم ابيه وكذلك اذا كان مولي
لعربي لقوله عليه السلام مولي القوم من انفسهم وقد قال اصحابنا ان الجد اذا اعتق لا يجر الولا
وقال الشافعي يجر الولا لنا انه لو صح ذلك لما ثبت قط لموالي الام الولا لانه لا شك ان اصله من
بعض الاجداد الي ام فلما اجتمعوا علي ثبوت الولا لموالي الام دل انه لا يثبت للجد لانه لا يصير مسلما
باسلامه فصار كغير الجد قال وولا العتاقة تعصيب وذلك لما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم
اجري الولا مجري النسب وما اجري مجري غيره انما يثبت حكمه عند عدمه قال فان مات
المولي ثم مات العتق فميراثه لبني المولي دون بناته ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق

من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن كذلك روي عن علي وعمر وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وأسامة رضي الله عنهم وروي ابن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الولا نسب وفي بعض الاخبار لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب فلما جعله عليه السلام نسبا وكان النسب لا يورث كذلك ما اجري مجراه وعن شريح انه بمنزلة المال وهذا ليس بصحيح لانه لو ورث كما يورث المال لانتقل الي جميع الورثة وان قال انه يورث بالتعصيب فالابن اولي من ابن الابن وقولهم الولا للكبر خرج علي الاغلب وهو ان الابن يكون اكبر من ابن الابن في اكثر الاحوال وان كان في حالة قد يكون ابن الابن اكبر منه

قال واذا اسلم رجل علي يد رجل ووالاه علي ان يرثه ويعقل عنه او اسلم علي يد غيره ووالاه فولاؤه صحيح عقله علي مولاه وقد دللنا علي صحة ذلك فيما تقدم قال فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولي وان كان له وارث فهو اولي منه وذلك لان الاستحقاق بالقرابة اكد فكان مقدما عليه وقد قال اصحابنا اذا اسلم علي يد غيره ولم يوال اليه لم يرث لان الناس كانوا يسلمون علي عهد الصحابة فلم يرو عن احد منهم انه اخذ الميراث بنفس الاسلام قال وللمولي ان ينتقل عنه بولايه الي غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه بولايه وذلك لان هذا بمنزلة الوصية عندنا الا تري انه حق وجب بفعله متبرعا من غير عوض والوصية يلحقها الفسخ فاما اذا عقل عنه فقد تعلق به حق لا ينفسخ فلم يكن له ان ينتقل عنه لانه اذا عقل عنه كان له ذلك كالعوض عن الولا فيمنع الرجوع كما يمنع العوض في الهبة الرجوع وقد قال اصحابنا ان ولا الموالاة يصح باعتبار شرايط احدها ان يكون المولي من غير العرب لان العربي له نصرة بنسبه الي قبيلته وذلك اكد من نصرة الموالاة بدليل انه لا يلحقه الفسخ فلا يجوز ان يدخل اضعف الولاين علي الاخر وان لا يكون معتقا لان ولا العتاقة اقوي واكد وان يشرط الميراث والعقل لان عقد الموالاة يقع علي ذلك فلابد من ذكره وان يكون لم يعقل عن غيره لانه اذا عقل عن غيره فقد تعلق به ولا لا ينفسخ فصار كولا العتاقة قال وليس لمولي العتاقة ان يوالي احدا لانه اضعف منه فلا يثبت مع الاكد الا تري ان ولا العتاقة وولا الموالاة لو كانا في شخصين تقدم ولا العتاقة في الميراث فدل انه لا يثبت له حكم مع وجود ولا العتاقة وقد قال اصحابنا ان المولي الاسفل وهو المعتق لا يرث من الاعلي وهو المنعم بالعتق وقال الحسن ابن زياد يرث لنا قوله صلي الله عليه وسلم الولا لمن اعتق والالف واللام للجنس فيقتضي ذلك ثبوت ولا لغير معتق ولان المعتق يرث لانه انعم بالعتق وهو لا يوجد في المعتق

وجه

وجه قول الحسن بن زياد ما روي ابن عباس ان رجلا اعتق عبدا ثم مات ولم يترك وارثا فورث النبي صلي الله عليه وسلم المعتق وهذا يحتمل ان يكون دفع اليه علي وجه الصلة فان قيل ان الولا بمنزلة النسب والنسب يوجب الميراث من الطرفين قيل له هذا يبطل بولا الموالاة فانه يوجب الميراث من احد الطرفين كذلك هذا

باب الجنايات

الجناية عبارة عن فعل ما ليس للانسان فعله ولكنه بالشرع وبالعرف اختص كل نوع منها باسم قال رحمه الله القتل علي خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجري الخطا والقتل بسبب فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجري السلاح في تفريق الاجزا كالمحدد من الخشب والحجر والنار ولا خلاف في هذه الجملة بين اصحابنا قال وموجب ذلك الماثم والقود الا ان يعفو الاوليا اما تعلق الماثم فلقوله تعالي ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم الاية ولما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال اعتي الناس علي الله ثلثة رجل قتل غير قاتله ورجل قتل في الحرم ورجل قتل بذحل من الجاهلية وروي ان محلم بن جثامة قتل رجلا بذحل في الجاهلية فقال النبي صلي الله عليه وسلم اللهم لا ترحم محلما فدفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال النبي صلي الله عليه وسلم انها لتطبق علي من هو اعظم جرما منه ولكن اراد الله تعالي ان يبين لكم حرمة الدم وقد قال اصحابنا ان هذا معني يحرم بالعقل وانما ورد الشرع بتاكيد ما دل عليه العقل واما تعلق القود به فلقوله تعالي ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان في هذا الموضع هو القتل بدليل قوله تعالي فلا يسرف في القتل وقال النبي عليه السلام العمد قود يعني حكم العمد القود ولا خلاف في هذه الجملة ايضا واختلفوا في تعلق وجوب المال بالعمد فقال اصحابنا موجب قتل العمد القود الا ان يتراضيا القاتل والاوليا بالعوض وقال الشافعي في احد قوليه موجب القتل اما القود او الدية والخيار في ذلك الي الولي وفي القول الاخر موجبه القود الا ان للولي ان ينقله الي الدية بغير رضا القاتل دليلنا قوله عليه السلام العمد قود وهذا يقتضي ان يكون جميع الحكم المتعلق به هو القود ولان القود قد صار في حكم المثل في المتلفات واتلاف ماله مثل لا يتعلق به الا المثل كذلك هذا ولانه احد نوعي القتل فكان موجبه واحدا كقتل الخطا واذا ثبت ان موجبه القتل خاصة قلنا ان الولي قادر علي استيفا حقه من جنسه بكماله فلا يجوز ان يعدل به الي غيره كالمثل في المتلفات فان قيل روي ان النبي صلي الله

عليه وسلم قال في قصة خزاعة ثم انتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وانا والله
عاقلوه فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وان احبوا
اخذوا العقل قيل له قد روي في هذا الخبر وان احبوا فادوا والمفادات لا تكون الا بالتراضي
وان ثبت ما رووه من قوله اخذوا العقل فلا دليل فيه ايضا لان العقل عبارة عما يؤدي
العاقلة وذلك لا يكون في العمد الا على وجه التراضي وانما يجب عندهم المال على القاتل وان
كان لفظ الخبر وان احبوا اخذوا الدية فحقيقة الدية ما يؤدي وذلك لا يكون الا فيما
بذله القاتل واداه فاما ما يوجد بغير رضاه في العمد فهو عندنا غصب ولا يسمى دية
وانما قلنا انهما اذا تراضيا جاز لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
معناه من بذل له اخوه شيئا فليقبله لان العفو عبارة عن الفضل قال الله تعالى يسالونك
ماذا ينفقون قل العفو يعني الفضل قال ولا كفارة فيه وقال الشافعي تجب فيه الكفارة
لنا ان الله تعالى ذكر قتل العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الاخر فلو
كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطا لبينها ولان العمد سبب للقتل فلا تتعلق به الكفارة
كالزنا المحصن ولم يذكر رحمه الله تحريم الميراث بقتل العمد وهو من احكامه لقوله عليه
السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضرب بحجر عظيم او بخشبة عظيمة
فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا
فيه مائة من الابل ولم يفصل بين العصا الصغير والكبير ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا ما
اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء فلا يجب به القصاص كالعصا الصغير وجه قولهما
ما روي ان يهوديا رضخ راس جارية من الانصار بين حجرين فرضخ رسول الله صلى
الله عليه وسلم راسه ولانه قصد الى الضرب بالة يقتل مثلها في الغالب فتعلق به القصاص
كالمحدد قال وموجب ذلك على القولين المأثم والكفارة اما تعلق المأثم به فلانه
تعمد الضرب وذلك يتعلق به المأثم وقصد القتل ولم يقصد لانه ممنوع منه واما تعلق
الكفارة فللاجماع وهو ان القائل احد القائلين اما من اوجبها في كل قتل او من اوجبها في
الخطا وشبه العمد فوجوبها في شبه العمد مجمع عليه قال ولا قود فيه وذلك لان النبي

صلى

صلى الله عليه وسلم اوجب فيه الدية خاصة فالظاهر انها جميع الحكم المتعلق به ولانه لما ثبت له حكم
الخطا من وجه وحكم العمد من وجه صار ذلك شبهة في سقوط القصاص قال وفيه الدية مغلظة
على العاقلة وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط
والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها وقد روي تغليظ الدية عن علي
وعمر وابن مسعود وزيد والكلام في كيفية التغليظ يجي في موضعه واما وجوبها على العاقلة فقد
قال اصحابنا ان كل دية تعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية الخطا وكل دية وجبت بمعنى
حادث فانها في مال القاتل كالذي يجب بالصلح وعلى هذا الاصل قال الشيخ ابو الحسن ان من
قتل ابنه عمدا ان موجب قتله القود ثم سقط الى الدية لانه لو وجبت الدية كانت على العاقلة والوجوب
في الدليل على العاقلة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على كل بطن من الانصار عقولهم ولما روي
في حديث مغيرة قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما الاخرى بمسطح خيمة فقتلتها والقت
جنينا ميتا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالغرة فقام عدي بن مالك
فقال كيف نَدِي من لا اكل ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك بطل وهذا يدل على ان القضا
وقع على العاقلة وهذا نص وقد روي ان عمر قضى بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف
ويتعلق به ايضا حرمان الميراث وذلك لانه تعمد الضرب فلا يؤمن ان يكون قصد القتل قال
والخطا على وجهين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي وخطا في
الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة وذلك
لقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله واما كون الدية
على العاقلة فلما بيناه قال ولا ماثم فيه وذلك لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان
وما استكرهوا عليه وتحريم الميراث ايضا لعموم قوله عليه السلام لا ميراث لقاتل ولانه
لا يؤمن ان يكون قصد القتل في الباطن واظهر الخطا فحرم الميراث لذلك قال وما اجري مجرى
الخطا مثل النائم ينقلب على شخص فيقتله وذلك لان النائم لا قصد له فلا يوصف فعله بعمد
ولا خطا الا انه اجري مجرى الخطا لان المقتول مات بفعله قال وحكمه حكم الخطا وذلك لانا
اجريناه مجرى الخطا فتعلق به احكام الخطا من وجوب الكفارة والدية على العاقلة وحرمان
الميراث لانه لا يؤمن ان يكون تعمد في الباطن قال واما القتل بسبب كحافر البير وواضع
الحجر في غير ملكه وذلك لان القتل هو ايقاع الفعل في المقتول او فيما اتصل به ولم يوجد ذلك

فلا يوصف بقتل عمد ولا خطا فلهذا اضيف الي السبب قال وموجبه اذا تلف به ادمي الدية
على العاقلة وذلك لانه تعدي فيما فعله فجاز ان يلزمه الضمان وقد قال اصحابنا لا اثم
عليه بالموت وعليه الاثم بالحفر لان الماثم يجب علي فعل ما امتنع من فعله وهو موجود في الحفر
دون الموت قال والقصاص واجب بقتل كل محقون الدم علي التابيد اذا قتل عمدا فيقتل الحر
بالحر والعبد بالحر والحر بالعبد والمسلم بالذمي ولا يقتل بالمستامن وقد دل علي هذه الجملة
قوله تعالي ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالي وكتبنا عليهم فيها ان النفس
بالنفس وهو عام وقال تعالي كتب عليكم القصاص في القتلي الحر بالحر والعبد بالعبد والانثي
بالانثي واختلفوا في قتل الحر بالعبد فقال اصحابنا يقتل به وقال الشافعي لا يقتل به
لنا قوله تعالي ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وهو عام ولان المماثلة لا تعتبر في
الانفس بدليل انه يقتل البصير بالاعمي والصحيح بالاشل وانما تعتبر المماثلة في حقن الدم والعبد
والحر متساويان في حقن الدم علي التابيد فان قيل قال الله تعالي الحر بالحر والعبد بالعبد و
التخصيص يقتضي انه لا يجوز قتل الحر بالعبد قيل له الاية تدل علي ثبوت القصاص بين الحرين
وبين العبدين ولا تنفي ما سوي ذلك وفائدة التخصيص ان الاية نزلت علي سبب وهو
ان بني النضير كانوا اشرف من بني قريظة واعلي فتصالحوا علي ان يقتل العبد من بني النضير
الحر من بني قريظة او يقتل الحر من بني قريظة بالعبد من بني النضير فانزل الله تعالي ما ابطل
هذا الصلح يبين ذلك انه قال والانثي بالانثي ولم يمنع ذلك من ثبوت القصاص بين الذكر والانثي
كذلك هنا واما قتل المسلم بالذمي فقال اصحابنا يجب القصاص علي المسلم بقتل الذمي الذي يودي
الجزية ويجري عليه حكم الاسلام وقال الشافعي لا يجب لنا ما روي ان النبي صلي الله عليه
وسلم اقاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفي بذمته وروي ان مسلما قتل ذميا فقضي
عليه وحكم فيه بالقصاص ثم لقي الولي فقال ما صنعت فقال اني رايت ان قتلته فلا يرد
اخي وبذلوا لي المال فقال لعلهم خوفوك انما اعطيناكم الايمان ليكون دماكم كدمائنا واموالكم
كاموالنا وعن عمر رضي الله عنه مثله ولان من جاز استيفا القصاص منه بقتل الكافر جاز
ايجاب القصاص عليه ابتدا بقتل الكافر اصله الكافر فان قيل روي عن النبي صلي الله عليه
وسلم انه قال لا يقتل مومن بكافر ولا ذو عهد في عهده قيل له حرف العطف اذا عطف
مفردا علي مفرد وهو بمنزلة حرف التثنية الدليل عليه قول الشاعر

كان

كان بين نحريهما والفلك . اي كان بين نحريهما فعلي هذا تقديره لا يقتل مومن ولا ذو عهد في عهده
بكافر واكثر ما فيه انه فصل بين ما اسند اليه الفعل وما عطف عليه وهذا شايع في العربية
كقوله تعالي امن الرسول بما انزل اليه من ربه والمومنون ومثله كثير واذا كان كذلك قلنا الكافر
الذي لا يقتل به المعاهد هو من لا عهد له وذلك لا يقتل به المسلم عندنا فان قيل منقوض
بالكفر فاذا قتله مسلم لم يجب عليه القود كالمستامن قيل له المستامن غير محقون الدم
علي التابيد والذمي محقون الدم علي التابيد بدليل انه لا يحل دمه الا بمعني يوجد من جهته
كما لا يباح دم المسلم الا بحدوث معني منه فلذلك اختلفا قال ولا يقتل المسلم بالمستامن
وذلك لانه غير محقون الدم علي التابيد وانما حقن دمه موقت الا تري ان المدة اذا مضت
اخرجناه ولا نمكنه من المقام فاذا وصل الي مامنه صار مباح الدم والمسلم محقون الدم علي
التابيد والمعتبر في وجوب القصاص التساوي في حقن الدم ولم يوجد قال ويقتل الرجل
بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمي والزمن وذلك لقوله تعالي النفس بالنفس وهذا
اجماع الا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في الرجل اذا قتل المراة ان اولياها بالخيار
ان شاوا اخذوا الدية وان شاوا اعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه وهذا لا يصح لان الفعل الواحد
لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة ولان اختلافهما كاختلاف الاعمي والبصير
والصحيح والزمن وذلك لا يمنع القصاص لاتفاق كذلك هنا قال ولا يقتل الرجل بابنه
ولا بعبده ولا بمكاتبه ولا بمدبره ولا بعبد ولده وانما لا يقتل بابنه لقوله عليه السلام لا
يقاد الوالد بولده ولانه في حكم الجزو منه ولا يجب علي الانسان قصاص باتلاف اجزايه ويقتل
الابن بابيه لانه لم يجعل في حكم الجزو منه فصار كالاجنبي وانما لا يجب القصاص عليه بقتل
عبده لانه لو ثبت لثبت للمولي لانه هو المستحق لحقوق عبده والمولي لا يجوز ان يثبت له قصاص
علي نفسه ولانه ماله ومن اتلف ماله لم يلزمه الضمان واذا خرج الدم من ان يكون مضمونا
لم يجب فيه القصاص واما المدبر والمكاتب فملكه فيه باق فهو كالعبد واما عبد الولد فلان
مال ولده جعل بمنزلة ماله فصار شبهة في سقوط القصاص عنه قال ومن ورث قصاصا
علي ابيه سقط وذلك لما بينا انه في حكم الجزو منه فكان القصاص يثبت للاب علي نفسه فقط
سقط قال فلا يستوفي القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل فان
مات والا قتل لنا ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف ولانه

قصاص فلا يستوفي الا بالسيف اصله اذا قتل بالسيف فان قيل قال الله تعالى كتب عليكم
القصاص والقصاص هو المماثلة قيل له المماثلة تعتبر في المتلف لا في الالة وهم يعتبرون
في الالة وذلك لا يصح ولانما يقولونه يودي الى ايجاب اكثر من المثل لانهم يقولون اذا ضربه
بخشبة فمات ضربه بها فان مات والا قتل وهذا زيادة على ما فعل قال واذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث الا المولى فله القصاص يعني اذا لم يترك وفاء وذلك لان الولاية في حال
الجراحة للمولى وهو المستحق للقصاص في حال الموت لان الكتابة قد انفسخت بالعجز
ومن ثبت له الحق في الطرفين فله القصاص اصله وارث الحر وقد قالوا في العبد المعتق
بعضه اذا قتل فلا قصاص للمولى والفرق بينهما ان الكتابة تنفسخ بالعجز فيعود الى ما كان
عليه من الرق فيكون القصاص للمولى والمعتق بعضه لا يبطل ما له بالحرية بعجزه عن السعاية
فلا يعود الى حال الرق قال وان ترك وفاء وارثه غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا
مع المولى وذلك لان الحق ثبت للمولى بالجراحة لبقاء رقه فيه وثبت للوارث عند الموت
والمعتبر في ثبوت القصاص ثبوت حق المقتص في الطرفين فصار هذا بمنزلة من جرح
عبده ثم باعه ثم مات في يد المشتري لم يكن لواحد منهما القصاص لما ذكرناه كذلك
هذا واما اذا ترك وفاء ووارثه المولى فذكر في الجامع الصغير ان للمولى القصاص عند
ابي حنيفة وابي يوسف ولا قصاص له عند محمد وزفر وقد روي عن ابي يوسف
ايضا انه لا قصاص له وجه قول ابي حنيفة ان المولى له حق عند الجراحة لانه على حكم
ملكه وهو المستحق ايضا عند الموت فلما تعلق حقه بالطرفين ثبت له كوارث الحر وجه
قولهما ان حق المولى ثبت حال الجرح بحكم الملك وبعد الموت بحكم الميراث فصار اختلاف
جهة الحق كاختلاف المستحق فلا يثبت له القصاص قال واذا قتل عبد الرهن فلا
يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن وذلك لان المرتهن ليس له القصاص لانه
غير مالك للعبد واما الراهن ففي استيفائه القصاص اسقاط حق المرتهن من الدين
فلم يتمكن منه فاذا اجتمعا ورضيا فقد اسقط المرتهن حقه فصار كعبد غير مرهون
فيستوفي المولى القصاص قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص وذلك لما روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت في مجلسه بعقوب فطلبت
الانصار القصاص فقال النبي صلى الله عليه وسلم استانوا بصاحبكم فان مات فاقتلوه

وان

وان برا فاتحكم ولان المقتول في الغالب لا يموت عقيب الجرح الا انه لما كان الجرح سبب يتعلق
به الموت ولم يوجد ما يبطل حكمه في الظاهر صار كان الموت حصل عقيبه كذلك في مسئلتنا
قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده والاصل في ثبوت القصاص فيما دون النفس
قوله تعالى النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله والجروح قصاص فالاية تقتضي ثبوت
القصاص فيما دون النفس وان يوخذ كل شي بمثله والدليل على اعتبار المماثلة ايضا اجماع المسلمين
انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء ولان القصاص فيما دون النفس اجري مجرى الاموال بدليل انه
يوجد عمدا محضا لا شبهة فيه ولا يثبت فيه القصاص كمن قطع يد رجل من نصف الساعد واذا
اجري مجرى الاموال اعتبر فيه المماثلة وهو القطع من مفصل القاطع فلزم قال وكذلك
الرجل ومارن الانف والاذنين وذلك لانه يمكن المماثلة في جميع ذلك فوجب به القصاص
قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص وذلك لان المماثلة قد تعذرت الا ترى انا لا
يمكننا ان نقطع القدر الذي قلع ولو اقتصرنا على اذهاب ضوها لم نفعل ما فعله الجاني فصار هذا
كقطع اليد من نصف الساعد فسقط القصاص لتعذر المماثلة قال فان كانت قائمة وذهب
ضوها فعليه القصاص تحمى له المراة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمراة وذلك
لان المماثلة تمكن في هذا الموضع على الوجه الذي ذكر وهذا امر حدث مثله في زمن عثمان فسال
عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شي حتى جاء علي رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل بذلك عثمان
بحضور الصحابة من غير نكير قال وفي السن القصاص وذلك لقوله تعالى والسن بالسن قال
وفي كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص ولانا اذا امكن المماثلة
في القدر وفي مثل موضع الشجة من الشاج لزم القصاص كقطع اليد من المفصل قال ولا قصاص
في عظم الا في السن كذلك روي عن ابن مسعود وعمر انهما قالا لا قصاص في عظم الا في السن
ولا مخالف لهم واما ثبوت القصاص في السن فقد دل عليه الاية وايضا ما روي ان الربيع عمة
انس بن النضر كسرت سنة جارية فامر النبي صلى الله عليه وسلم بكسر سنها فقال انس بن النضر
اتكسر سن الربيع بسن جارية فقال النبي صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص والذي بعثك
بالحق نبيا لا تكسر سن الربيع فقال عليه السلام ان لله عبادا لو اقسموا عليه لابر قسمهم منهم
انس بن النضر قال وليس فيما دون النفس شبه عمد وانما هو عمد او خطا وذلك لان معنا ان
شبه العمد ما يعود الى الالة والقتل يختلف باختلافها الالة فاما ما دون النفس فلا يختلف

الا انه باختلاف الالة فبقي القتل نفسه فاختلف بالعمد والخطا **قال** ولا قصاص بين الرجل
والمراة فيما دون النفس وقال الشافعي يجري بينهما لنا انهما عضوان اختلف ارشهما فلا
يستوفي الاكمل بالانقص اصله اليد الشلا واليد الصحيحة فان قيل كل شخصين جرى بينهما
القصاص في الاطراف السليمة كالرجلين الحرين قيل له الانفس لا يعتبر فيها المماثلة والاطراف
يعتبر فيها المماثلة واذا اختلف ارش اليدين عدمت المماثلة فلا يجب القصاص **قال** ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين وذلك لانهما عضوان اختلف ارشهما فصار كالصحيح والاشل وقد قال
الشافعي يجري القصاص بين العبدين في الاطراف والكلام فيه مثل الكلام في الرجل والمراة
قال ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر وذلك لان ارشهما متساو ولم يفضل
كالحرين المسلمين **قال** ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جايفة فبرا منها فلا قصاص
عليه وذلك لانه لا يمكن المماثلة وتعذر المماثلة يسقط القصاص **قال** واذا كانت يد المقطوع
صحيحة ويد القاطع شلا او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شا قطع اليد المعيبة
لا شي له غيرها وان شا اخذ الارش كاملا وذلك لان المقطوع لا يقدر على استيفا حقه من
جنسه بكماله فكان بالخيار بين اخذ المثل مع العيب او الانتقال الى العوض اصله المتلفات
وقد قال الشافعي اذا كانت يد القاطع لها اربع اصابع فله ان يقطع يده وياخذ ارش اصبع وهذا
لا يصح لان حقه ناقص فاذا اختار اخذه لم يكن له مع القطع ارش اصله اذا كانت يد القاطع شلا
فان قيل الاصابع مقصودة بالقصاص وكل طرف مقصود بالقصاص اذا وجب القصاص فيه
عند وجوده وجب الارش عند عدمه اصله اذا قطع اصبعين وللقاطع اصبع واحد قيل
له لا نسلم ان الاصابع مقصودة بالقصاص اذا ثبت القصاص في الكف بدليل انه ليس له افراد
بالاتلاف كما ان من ثبت له القصاص في النفس ليس له افراد اليد بالاتلاف والمعنى في قاطع الاصبعين
ان القصاص يثبت له في كل اصبع على حيالها فاذا عدمت احداهما وجب ارشها وفي مسلتنا
لم يثبت له حق في الاصابع نفسها وانما يثبت له اتلاف الجملة ويتلف الاصابع بتلفها فهي
في حقه فصار كالشلل **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب
ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شا اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين
شا وان شا اخذ الارش كاملا وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الرازي ان له ان يستوفي
ما بين قرني الشاج وان كانت اوسع لان هذا صفة في العضو فصار كاليد الصغيرة بالكبيرة

وهذا

وهذا الذي ذكره لا يصح لان القصاص انما يثبت في الشجة لاجل الشين الذي يتعلق بها لا لاجل المنفعة
بدليل انه لو برات وعاد الشعر عليها سقط الضمان ومعلوم ان الشجة كلما ازدادت كان اكثر للشين
فمتى لم يتمكن المستخرج من الحاق الشين على الوجه الذي لحقه صار ذلك عيبا في المحل الذي تعلق به
حقه وصار كاليد الناقصة الاصابع فان شا استوفى ذلك مع العيب وان شا عدل الى الارش
ولا يشبه هذا اليد الصغيرة والكبيرة لان المقصود من اليد المنفعة ومنفعة اليد الصغيرة في
كمنفعة اليد الكبيرة فلذلك وجب القصاص وانما كان له ان يبتدي من اي الجانبين شا لان حقه
ثبت في كل واحد منهما فكان الخيار اليه واما اذا كانت الشجة تستوعب ما بين قرني الشاج وتزيد
فالمستخرج بالخيار ان شا اخذ ما بين قرني الشاج من غير زيادة وان شا اخذ الارش وذلك لان
طول الشجة فيه قصد شين وقد تعذر استيفاوه لو توقعه في غير الموضع الذي خرج فان شا
المشجوج ان يستوفي ذلك من غير زيادة وان شا عدل الى الارش **قال** ولا قصاص في اللسان
ولا في الذكر الا ان يقطع الحشفة هكذا ذكره محمد في الاصل وذلك لان كل واحد من اللسان
والذكر ينقبض وينبسط فلا يمكن فيه المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة يسقط فيه القصاص وقد
روي عن ابي يوسف انه ان قطع اللسان والذكر من اصله وجب القصاص لان قطعه على هذه
الصفة يمكن فيها المماثلة فوجب القصاص واما اذا قطع الحشفة فالقصاص واجب
ولا شبهة فيه لان هناك مفصلا يمكن القطع منه فصار كسائر المفاصل التي يمكن فيها المماثلة
قال واذا اصطلح القاتل واوليا المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا
كان او كثيرا وذلك لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف ولما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا
اخذوا الدية واما قوله قليلا كان او كثيرا فلانه اسقاط حق على مال والحقوق التي يجوز اسقاطها
بعوض لا يتقدر العوض اصله الرد بالعيب اذا اسقطه على مال **قال** فان عفا احد الشركا
من الدم او صالح على نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية
والاصل في ذلك ما روي ان دما بين شريكين عفا احدهما فاستشار عمر ابن مسعود فقال
اني ارى ان هذا قد احياه فلا يملك الاخر ان يميت ما احياه هذا فعمل عمر على قوله وذلك بحضرة
الصحابة من غير نكير ولانه حق مشترك فملك كل واحد اسقاط حقه عن نصيبه كما يملك اذا
انفرد به اصله الدين واذا ثبت ان العفو يصح سقط نصيب الثاني من الدم وصار نصيبه

الاخر لا يمكن استيفاوه ودم العمد اذا تعلق استيفاوه انتقل مالا اصله من قطع يد رجل من نصف
الساعد واذا تعذر استيفا نصيب الاخر انتقل الى الدية ولا شي للعافي من ذلك لانه اسقط عن
الاصل فلا يثبت في البدل قال واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم وذلك لقوله تعالى
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولم يفصل ولما روي ان رجلا قتله سبعة بصنعا فقتلهم
عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال لو تمالى عليه اهل صنعا لقتلتهم به وهذا بحضرة الصحابة من
غير خلاف ولان خروج النفس هو الذي يتعلق به القصاص وذلك لا يتبعض فصار كل واحد منهم
كالمنفرد بالاتلاف فيلزمه القصاص قال واذا قتل واحد جماعة فحضر اوليا المقتولين قتل لجماعتهم
ولا شي لهم غير ذلك وان حضر واحد قتل به وسقط حق الباقين وقال الشافعي ان حضروا قتل
بالاول ان عرف وكان لكل واحد من الباقين دية فان لم يعرف الاول اقرع الامام بينهم فقتله لمن خرجت
قرعته ووجب لكل واحد من الباقين دية وهذه المسله فرع على اصلين احدهما ان موجب قتل العمد القود
خاصة فاذا قتل تعذر استيفا الحق فسقط وعند الشافعي موجبه المال او القصاص فاذا قتل
سقط القصاص وبقي البدل الاخر والاصل الاخر ان من وجب عليه القصاص اذا مات سقط
عنه القصاص ومنه تجب الدية والدليل على انه لا يقتل بواحد ان حقوقهم تعلقت بالعين باسباب
متساوية فوجب ان يتساووا في الاستيفا اصله السقط ولان الجماعة اذا قتلوا واحدا قتلوا به
فلما كان الجماعة مع زيادة العدد مثلا للواحد كان الواحد مماثلا لهم ايضا لان مماثل الشي فلا بد
ان يكون ذلك الشي ايضا مماثلا له ولا يلزم الابن يقتل بابيه والعبد بمولاه وهما لا يقتلان لان هذا
يوكد ما قلناه لان الادني يماثل الاعلى والاعلى لم يماثل الادني فاذا كان في مسئلتنا الاعلى يستوفي
فاولى ان يستوفي الادني بالاعلى فان قيل اذا قتله احد الاوليا سقط حق الباقين فوجب ان ينتقل
الى الدية اصله اذا عفا احدهما قيل له هذا اعتبار فاسد بدليل ان العبد القاتل اذا عفى عنه احد الوليين
انتقل نصيب الاخر مالا ولو قتله سقط حق الباقين ولان احدهما اذا عفي فحق الاخر قد سلم للقاتل
فجاز ان يتقوم عليه قال ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص وقال الشافعي يجب في
ماله الدية لنا ان من وجب عليه القصاص لا يستوفي المال بعد موته كالعبد اذا مات ولان الضمان
انما يجب بهلاك ما هو مضمون على الانسان كما نقول في الغصب ونفسه غير مضمونة عليه
فلا يلزمه بهلاكها ضمان فان قيل سقط القصاص بغير رضي الولي فوجب ان ياخذ المال اصله
اذا عفي احد الوليين قيل له هناك سلمت القصاص للقاتل فجاز ان يلزمه ضمان عوضها وهنا

لم يسلم له فلم يجز ان يلزمه عوض قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما
وعليهما نصف الدية وقال الشافعي اذا لم يتميز فعل احدهما من فعل الاخر وجب القصاص عليهما
لنا ان الطرف يتبعض في الاتلاف فاذا اشترك الجماعة في اتلافه لم يضمن كل واحد جميعه في حق
الادمي اصله الاموال ولانه لو وجب عليهما القصاص بطرف واحد ليستوي ان يتميز فعلهما او لا
يتميز كالمشتركين في اتلاف النفس فان قيل كل قصاص وجب للواحد على الواحد جاز ان يجب على الجماعة
للواحد كالقصاص في النفس قيل له النفس لا تتبعض في اتلاف فصار كل واحد كالمستوفي لجميعها وهاهنا
بخلافه واذا ثبت انه لا قصاص لزمهما الارش وهو نصف الدية قال واذا قطع واحد يمين رجلين
فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين وان حضر واحد منهما
فقطع يده فللاخر عليه نصف الدية وقال الشافعي اذا حضرا قطعت لاولهما وقضي للثاني بنصف
الدية وان حضر احدهما اقتصر له وقضي للباقي بالدية وقال لنا ان حقهما تعلق بالعين باسباب متساوية
فلا يقدم احدهما في الاستيفا اصله الشفعا فان قيل حق الاول متعلق باليد فيمنع من تعلق حق الثاني
اصله الرهن بعد الرهن قيل له حق الثاني متعلق باليد بالاتفاق بدليل انه لو قطعها وقع عن حقه ولو عفا
الاول ثبت الحق للثاني ولو لم يكن القصاص وجب له بنفس الجناية لم يجز ان يثبت في الثاني واذا ثبت
انه يقطع لهما ويقضي لهما بنصف الدية بينهما وذلك لان ما دون النفس يعتبر فيهما المماثلة وهو ايضا
مما يتبعض فكل واحد منهما استوفى بعض حقه وصار كالجاني في حكم الغاصب في حق كل واحد منهما لانه
تفني بعض حق كل واحد منهما حقا عليه من طريق الحكم فضمنه الاخر ولا يشبه هذا اذا قتل رجلين
فقتل لهما لان النفس لا يعتبر فيها المماثلة ولان اتلاف الزوج لا يتبعض فصار كل واحد مستوفيا
لجميعه من طريق الحكم فلم يبق له حق باخذ عوضه واما اذا حضر احدهما فله ان يقتص لان حق كل واحد
منهما ثابت في جميع اليد وانما يسقط حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا غاب احدهما ولا مزاحم للحاضر فلا
يجوز ان يسقط حقه لاجل الغايب مع جواز ان يحضر فيطالب بالجناية او لا يطالب ويكون للاخر الغايب
نصف الدية لان القاضي لما قضى بها للاول لم يجز ان يسقط حق الثاني فانتقل الى العوض قال
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لنا ان العبد انما لا ينفذ اقراره
لما يلحقه من التهمة في حق مولاه وهو غير متهم في الاقرار بما يوجب العقوبة على نفسه فيقبل اقراره
كالحر وجه قول زفر ان اقراره يتعلق به اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو اقر بدين وهذا الذي ذكره
يبطل به اذا ارتد فانه يقتل مع وجود المعنى الذي ذكره قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم

منه الي اخرفانا فعليه القصاص للاول والدية للثاني علي عاقلته اما الاول فقد قصده بالرمي فاذا
اصابه لزمه القصاص كما لو لم تنفذ الجراحة الي غيره واما الثاني فقد تلف برميه لكنه لم يقصده
بالرمي فصار كمن قصد رمي صيد فاصاب رجلا فانه يلزمه الدية لانه احد نوعي قتل الخطا

كتاب الديات

قال رحمه الله اذا قتل رجل رجلا شبه عمد فعلي عاقلته
دية مغلظة وعليه كفارة وقد بينا ذلك قال وشبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف
مائة من الابل ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا الذي ذكره قول ابن مسعود وعن علي عليه السلام ثلثة
وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وثلثة وثلثون خلفة في بطونها اولادها وعن عمر وزيد
ثلثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الي بازل عامها كلها خلفة في بطونها اولادها
وهو قول محمد والشافعي ووجه قولهما ما روي في حديث عمرو بن حزم في النفس مائة من الابل وظاهره
يقتضي ادني ما يتناوله الاسم وروي الزهري عن السائب بن يزيد ان الدية كانت علي عهد
رسول الله صلي الله عليه وسلم ارباعا علي ما ذكرناه ومعلوم ان هذا لا يجب في دية الخطا
فلم يبق الا ان يكون في شبه العمد ولانه بدل عن النفس فكانت دية الانسان فيه معتبرا ودية اصل
دية الخطا فان قيل في دية روي في حديث ابن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الا ان قتيل
العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها قيل له هذا
الخبر غير ثابت بدليل ان الصحابة اختلفوا في تقديرها ولو كان للخبر اصل لم يجز لاحد منهم ان يخالفه
ولان هذا الخبر ان ثبت فهو معارض بقول ابن مسعود لانه قال انما قاله توقيفا الا ان المقدرات
لا مدخل للقياس فيها فلابد ان يكون عرف ذلك من جهة التوقيف واذا تعارض الخبران كان الاخذ
بالمتيقن اولي قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة فان قضي بالدية من غير الابل لم تتغلظ
لان التغليظ تقدير والتقدير لا يثبت الا من جهة التوقيف واذا تعارض الخبران كان الاخذ
بالمتيقن اولي ولم يرو عن النبي صلي الله عليه وسلم ولا احد من اصحابه انه غلظ الدية من غير الابل
قال وقتل الخطا تجب به الدية علي العاقلة والكفارة علي القاتل وقد دللنا علي ذلك فيما تقدم
قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وقال الشافعي عشرون ابن لبون
بدلا من ابن مخاض لنا ما روي خشيف بن مالك عن ابن مسعود ان النبي صلي الله عليه وسلم قال

في دية الخطا عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض ولان ابن لبون انما يقوم مقام غيره في الزكاة فلم يقم
في اسنان الابل في الدية كالشاتين فان قيل روي ان النبي صلي الله عليه وسلم ودي قتيل الانصار
بمائة من ابل الصدقة وليس في ابل الصدقة ابن مخاض قيل له يجوز ان يكون فيها ابن مخاض اخذ علي وجه
القيمة ولان النبي صلي الله عليه وسلم اودي ما لا يجب عليه فاذا تبرع بالاصل لاصلاح ذات البين
جاز ان يتبرع بزيادة سن علي الواجب فان قيل روي ابن مسعود ان النبي صلي الله عليه وسلم قضي
في دية الخطا بعشرين ابن لبون قيل له قد روينا عنه مثل قولنا وهو قوله ايضا فتعارضا قال
ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي علي القول الذي يقول
انها مقدرة وهي اثني عشر الف درهم لنا ما روي ان رجلا قطع يد رجل علي عهد رسول الله
صلي الله عليه وسلم فقضي النبي صلي الله عليه وسلم بخمسة الاف درهم وعن عبيدة السلماني ان
عمر رضي الله عنه جعل الدية علي اهل الذهب الف دينار وعلي اهل الورق عشرة الاف فان قيل روي
ابن عباس ان رجلا قتل علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم فجعل ديته اثني عشر الف درهم
قيل له هذا معارض بما رويناه واذا تعارضت الروايات اخذنا المتيقن اذ يحمل ما روي من اثني عشر
الفا علي وزن ستة وما روي عشرة الاف علي وزن سبعة فنجمع بينهما وقد نقل وجود هذين
الوزنين ولم ينقل ما فوق ذلك يبين ذلك ان عمر وبن شيبة ذكر في كتاب البصرة ان اول من قضي
الدية من الدراهم بالعراق زياد فقضي بالبصرة بعشرة الاف درهم وكانت وزن سبعة وقضي
بالكوفة باثني عشر وكانت وزن ستة فصحت ولهذا بهذه الرواية وقد اختلفوا في الذهب والورق
هل هو اصل في الدية او بدل عنها فقال ابو بكر الرازي كل نوع دية بنفسه وقال غيره من اصحابنا
الاصل الابل والاثمان بدل عنها الا انه بدل مقدر بالشرع لا يجوز الزيادة عليه ولا النقص منه
وقال الشافعي الدية مائة من الابل لا يجوز العدول عنها الي غيرها مع القدرة عليها فان
اعوزت ففيه قولان قال في القديم يعدل الي احد امرين اما الف دينار او اثني عشر الف درهم
وقال في الجديد يعدل الي قيمتها حين القبض زائدة او ناقصة لنا ما روي ابن عباس ان النبي صلي
الله عليه وسلم قضي بالدية في الخطا اثنا عشر الف درهم وقال في الجديد يعدل الي قيمتها
حين القبض زائدة او ناقصة لنا ما روي ابن عباس ان النبي صلي الله عليه وسلم قضي في الدية بالخطا
اثنا عشر الف درهم وفي حديث ابن المسيب ان النبي صلي الله عليه وسلم قال دية
كل ذي عهد في عهده الف دينار وعن ابي بكر رضي الله عنه انه قال لعايشة تصدقي باثني عشر

الف درهم دية الحر المسلم فهذا دليل على التقدير ولان الاثمان اذا وجبت بسبب المتلف كانت
بدلا عنه اصله ساير المتلفات فان قيل قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس ماية من الابل قيل
هذا يدل على ان الابل ثابتة في النفس وحكم غيرها موقوف على الدلالة وانما لم يبين لهم النبي صلى الله
عليه وسلم غير ذلك من الانواع لان اموال القوم كانت الابل فبين ما يسهل عليهم دفعه فان
قيل لو كانت الانواع كلها سوا لوجب ان يخير في دفع ايها شا كالكفارات قيل له كذلك نقول
الخيار الى القاتل قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ومن البقر مايتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مايتا حلة كل حلة ثوبان وجه قول
ابي حنيفة قوله عليه السلام في النفس ماية من الابل ظاهره يقتضي ان لا يجب ما سوى الابل الا
ما دل عليه الدليل ولان البقر والغنم حيوان لا تغلظ في شبه العمد فلا تكون اصلا في الدية بنفسه
اصله ساير الحيوان وجه قولهما ما روي ان عمر قضى بالدية في ستة اصناف من الدراهم عشرة
الاف درهم ومن الدنانير الف دينار ومن الابل ماية ومن البقر مايتي بقرة ومن الشياه بالفي
شاة ومن الحلل مايتي حلة وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف قال ودية المسلم والذمي
سوا وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني
اربعة الاف ودية المجوسي ثمانماية درهم لنا ما روي ابن عباس ان مستامنين دخلا على
رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملاهما فلما خرجا من عنده لقيهما عمرو ابن امية
الضمري فقتلهما ولم يعلم انهما مستامنين فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم بدية حرين
مسلمين وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك
قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ولان هذا الدين لو اثر في بدل النفس لاثر في اسقاطه الدليل
عليه الردة فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان دية اليهودي والنصراني اربعة
الاف قيل له هذا خبر لا يعرف ولم يذكر في كتاب من كتب اصحاب الحديث وانما اضافوه الى بعض
شروح المروزي وليس بحجة وكل شي يروى عن الصحابة في ذلك فهو معارض بما روي عن
علي رضي الله عنه انه قال انما اعطيناهم الامان ليكون دماهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
فان قيل احد بدلي النفس فلا يساوي فيه المستامن المسلم اصله القصاص قيل له اختلاف
الشخصين لا يدل على اختلاف ديتهما كالاب والابن وقد يتساويان في القصاص وتختلف
ديتهما كالرجل والمراة على ان المستامن فيه معنى الاباحة فعنى الاباحة فيه اثر في ذمته لانه

مما

89

مما يسقط بالشبهة ولم يوثر في الدية لانها لا تسقط بالشبهة قال وفي النفس الدية وفي المارن
الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل في ذلك ما روي سعيد بن المسيب ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الانف
الدية وفي المارن الدية وكذلك هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم
فاما وجوب الدية في قطع المارن بانفراده فللخبر ولان المقصود بالانف الجمال والمنفعة وذلك
يذهب بقطع المارن بانفراده فللخبر ولان المقصود بالانف الجمال والمنفعة وذلك يذهب
بقطع المارن الا ترى انه لا يجتمع له الشم وقد قالوا اذا قطع حشفة الذكر وجبت الدية كاملة
لان بذهابها تبطل منفعة العضو وهو الانزال وبطلان منفعة العضو كبطلان العضو ولذلك
ايضا يعتبر في قطع اللسان اذا قطع منه ما يذهب الكلام وجبت الدية قال وفي العقل اذا
ضرب على راسه فذهب عقله وكلامه الدية والاصل في ذلك ما روي ان عمر بن الخطاب رضي
الله عنه قضى في رجل واحد باربع ديات ضرب على راسه فذهب عقله وبصره وكلامه
وذكره ولان العقل تبطل بفواته منفعة جميع الاعضا الا ترى انه اذا ذهب شمه او سمعه
او ذوقه لان كل واحد من ذلك منفعة كاملة ليس لها نظير في البدن فوجب بذهابها الدية
كالعقل قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وفي شعر الراس الدية وقال
الشافعي فيه حكومة لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قضى في شعر الراس بالدية ولا يعرف
له مخالف وعن سعيد بن المسيب في الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية ولانه فوت
عليه الجمال الكامل فلزمه الدية اصله اذا قطع الاذن الشاخصة والدليل على ان في اللحية
جمال ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من تسبيح الملايكة سبحان من زين الرجال باللحا
والنسا بالقرون والدليل على ان اذهاب الجمال يوجب الدية ما ذكر المبرد في كتاب الكامل
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الصعر الدية وهو اعوجاج الوجه ومعلوم انه ليس في
اعوجاج الوجه غير تفويت الجمال فقد اوجب فيه الدية فان قيل الشعر لا منفعة فيه وانما فيه
زينة فصار كالعين القايمة قيل له المقصود من العين المنفعة والجمال فيها تابع فلم يجب كمال الدية
بفوات ما ليس بمقصود منها فاما الشعر فلا يقصد به الا الجمال ففوات المقصود منه يجوز
ان يوجب فيه الدية ولا يلزم اذا حلق نصف لحيته لان الشين به اكثر ولا يجب كمال الدية لان
الحلق اذا حصل في نصفها امكن ان يستتر ويتجمل بالجانب الاخر وكان ابو جعفر الهندواني يقول

في اللحية انه يجب فيها الدية اذا كانت لحية كاملة يتجمل بها فان كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شي
فيها وان كانت غير متفرقة ولا يقع بها جمال كامل ففيها حكومة وعلى هذا الخلاف اذا حلق حاجبيه
او اشفار عينيه فلم تنبت ففيه الدية عندنا لما ذكرناه فاما شعر الصدر وغير ذلك من البدن
ففيه حكومه لانه لا يقع به الجمال الكامل لعدم ظهوره في العاده ولان ذهابه نقص ايضا قال
وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الاذنين الدية وفي الشفتين الدية وفي
الانثيين الدية وفي ثديي المراة الدية وفي كل واحد من هذه الاشيا نصف الدية والاصل في
ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي العينين الدية
وفي الاذنين الدية وفي اليدين الديه وفي الرجلين الدية وفي الانثيين الديه وفي الشفتين الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وروي في الكتاب الذي كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم
في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية وفي العينين الديه وفي احدهما نصف
الدية فاما ثديي المراة فلان في البدن منه اثنان فيجب فيهما الدية كاليدين وفي احدهما
نصف الدية للخبر قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدهما ربع الدية وذلك لان
الاشفار اربعة لا نظير لجملتها في البدن فاذا قطع جميعها وجبت الدية كاليدين ثم تنقسم
الدية على عددها فيجب في كل واحد ربع الدية كما انقسمت على اليدين فوجب في كل واحد نصف
الدية قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية وذلك لما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال في كل اصبع عشر من الابل قال والاصابع كلها سوا لظاهر الخبر ولما
روي عن ابن عباس انه قال هذه وهذه سوا واشار الى الخنصر والابهام قال وكل اصبع فيه
ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث الدية للاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف الدية
وهذا جار على الاصل الذي قدمناه ان الدية تنقسم على عدد ما في البدن من الاعضا التي لا
نظير لها فعلى هذا ينقسم ما في اليد الواحدة وهو نصف الدية على ما فيها من الاصابع ثم
تنقسم ما يجب في كل اصبع على ما فيها من المفاصل اعتبارا باليدين والرجلين في انقسامه على
الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل كذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
والاسنان والاضراس كلها سوا لظاهر الخبر قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كما لو قطعه كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوها وذلك لما قلنا فيما
تقدم ان تفويت منفعة العضو فيجب فيها ما يجب في العضو اذا ذهب قال والشجاج عشرة بلغ

الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق والموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة
ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا ولا قصاص في بقية الشجاج اما وجوب القصاص في الموضحة
فلانه يمكن فيه المماثلة وهو ان ينتهي بالسكين الى العظم وما يمكن فيه المماثلة ففيه القصاص كقطع
اليد من المفصل فاما بقية الشجاج الذي فوق الموضحة فلا يمكن استيفا المماثلة فيها على ما نتبينه
من معانيها وما لا يمكن فيه المماثلة لا يثبت فيه القصاص ولا خلاف بين اصحابنا في هذه الجملة وقد ذكر محمد
في الاصل ان ما دون الموضحة فيها القصاص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا قصاص الا في الموضحة
وجه رواية الحسن ان ما دون الموضحة لا حد له تنتهي السكين اليه فلم يمكن استيفا المماثلة فلم يجب
فيها القصاص وجه ما ذكر في الاصل انه يمكن تقدير غوره الجراحة بمقدار ويعمل حديدة على قدره
وتنفذ في اللحم حتى يشقه بقدرها واذا امكن المماثلة وجب القصاص قال وما دون الموضحة
فيه حكم عدل روي مثل ذلك عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكو(مة)
عدل وكذلك عن النخعي وعن الشعبي فيها اجرة الطبيب ولانه لم يرد في الشرع لها ارش مقدر
فوجب فيها ارش النقصان وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في كيفية الحكومة فقال الطحاوي يقوم
الحر لو كان عبدا وهو صحيح ثم يقوم وبه الشجة فما نقص بين القيمتين فوارشها من دية الحر قال
لان الحر لا يمكن تقويمه والقيمة في العبد بمنزلة الدية في الحر فوجب ان ينقص من دية الحر ما نقص من قيمة
العبد وقال ابو الحسن ذلك يعرف بالحزر والظن ولو اعتبرنا ما قاله الطحاوي لادى ذلك الى ان يجب
في قليل الشجة اكثر مما يجب في كثيرها نحو ان ينقص من قيمة العبد وقال ابو الحسن وهذا لا يتبع اعتباره
واما تفسير الشجاج فاولها الخارصه وهي التي تشق الجلد ومنه قيل حرص القصار الثوب اذا خرقه
بالدق ثم الدامعة وهي التي تخرج منها الدمع ثم الدامية وهي التي تخرج منها الدم ثم الباضعة وهي
التي تبضع اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم اكثر مما يذهب الباضعة ثم السمحاق وهي التي
تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم وتلك الجلدة تسمى سمحاق ومن رقتها ومن ذلك قيل للغيم الخفيف
سماحيق ثم الموضحة وهي التي توضح عن العظم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقله وهي
التي توضح وتخرج منها العظم ثم الآمة وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة رقيقة بين العظم
والدماغ وههنا شجة اخرى بعدها وهي الدامغة وهي التي تخرق الجلد وتصل الى الدماغ
وانما لم يذكر الدامغة لان الانسان في الغالب لا يعيش معها فلا مدخل في جملة الشجاج ولا خلاف
في هذه الجملة بين اصحابنا الا ما روي عن محمد انه جعل المتلاحمه قبل الباضعة قال وفي

التي تتلاحم فيها الدم ويسود ومما ذكرناه اولا من ترتيب الشجاج هو الذي روي عن ابي يوسف
في الاملاء وهذا الاختلاف لا يعود الى معنى وانما هو اختلاف عبارة الا ترى ان محمدا لا يمنع ان يكون
التي قبل الباضعة اقل منها فيقل ارشها وقد قال اصحابنا ان هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس
ولا يكون في موضع اخر من البدن لان العرب تسمي ما كان في الوجه والرأس شجة وما كان في غير
ذلك من البدن جراحة فهذا من جهة هذه اللغة ومن جهة الحكم ايضا فهذه الشجاج انما يثبت
لها هذا الحكم لاجل الشين الذي يلحق ببقاء اثرها يبين ذلك انها لو اندملت ولم يبق لها اثر
لم يجب فيها ارش واذا تعلق حكمها بالشين اختص بما يظهر من البدن في الغالب فاما ما سوى
الوجه والرأس فلا يظهر في العادة فلا يحصل فيها من الشين ما يحصل في الوجه والرأس قال
وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف
عشر وفي الامة ثلث الدية وذلك لما روي في حديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشر وفي الامة
ثلث الدية قال وفي الجايفة ثلث الدية فان نفذت فهما جايفتان فيها ثلثا الدية وذلك
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الجايفة ثلث الدية وروي ان ابا بكر رضي
الله عنه حكم في جايفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير
نكير وقد قال اصحابنا ان الجايفة لا تكون الا في موضع يصل الى الجوف كالظهر والبطن
والصدر والسرة لانها سميت بذلك لوصولها الى الجوف فاعتبر ان يكون في موضع يصل
منه الى الجوف قال وفي اصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ففيها نصف الدية
وفي احداهما نصف الدية وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وفي اليدين
الدية وفي احداهما نصف الدية وروي عنه عليه السلام انه قال وفي كل اصبع خمس
من الابل فلما اوجب نصف الدية في الاصابع منفردا واوجبها في اليد دل على ان الكف
تبعا للاصابع قال فان قطعها من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية وفي الزيادة
حكومة عدل وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تتبع اصابع
اليد الا الكف واصابع الرجل الا القدم وكذلك روى محمد عن ابي يوسف وروى بشر
عن ابي يوسف ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع لها الى المنكب والى الفخذ وهو
قول ابن ابي ليلى وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الدية تجب في الاصابع والكف تبع لها

بدليل

بدليل انه لو افرد الاصابع بالقطع وجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية
ايضا فلا يخلو ان يجعل الذراع تبعا للاصابع او للكف ولا يجوز ان يتبع الاصابع لانه ينفصل
بينهما عضو فلا يكون تبعا لها كما لا يكون الشجة تبعا للاصابع ولا يجوز ان يتبع الكف لانه تبع في
نفسه فلا يتبعه تبع اخر وجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام في اليدين الدية وفي احداهما
نصف الدية واليد عبارة عن العضو الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر فانه اذا اتصل
بما له ارش مقدر يتبعه اصل الكف واذا ثبت من اصل ابي حنيفة انه يجب في الكف الدية وجب
فيما زاد عليه حكومة لانه ليس له ارش مقدر قال وفي الاصبع الزايدة حكومة عدل
لانه لا منفعة فيها ولا زينة ولم يقدر لها الشرع ارشا فيرجع الى قيمة العدل قال
وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي دية كاملة لنا
ان هذه الاعضا المقصود بها المنفعة فما لم يعلم صحتها لا يجب فيها ارش كامل وقد يعلم ذلك
في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين بما يستدل به على النظر فمتى وجد ذلك تبينا
انه اتلف عضوا منفعته كاملة فلزمه كمال الارش واذا لم يوجد ذلك لم يعلم الصحة فلم يلزمه
ارش كامل بالشك فان قيل الاصل انها صحيحة فيجب ان يحكم على الاصل قيل له هذا ظاهر
والظاهر لا يستحق به حقا على الغير قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه
دخل ارش الموضحة في الدية اما اذا ذهب عقله فلان منفعة العقل تتعلق بجميع البدن
فبفواته يبطل منفعة جميع الاعضا فصار كانه اوضحه فمات فلا يجب اكثر من الدية وهذا
قولهم وقال الحسن بن زياد ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما والمقصود بهما
فلم يدخل احداهما في الاخرى كارش اليدين واما اذا ذهب الشعر ولم ينبت فلان ارش
الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر الا ترى ان الشعر لو نبت سقط الارش والدية وجبت
بفوات كل الشعر وقد تعلقا بموضع واحد فيدخل الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت
يده وقد قال زفر انه لا يدخل في الدية لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يدخل
احداهما في الاخرى كساير الجنايات قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش
الموضحة مع الدية وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف فيما رواه عنه
بشر وروى عنه ابن زياد ان الشجة يدخل في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر
خاصة وجه قولهما ان الشجة والسمع كل واحد منهما دون النفس ومنفعة تختص به فلا تدخل

بعضه في بعض كالاعضا المختلفة ولا يشبه العقل لان منفعته لا تختص به بل تعود الي جميع الاعضا
فهو بمنزلة الروح وجه قول ابي يوسف ان السمع والكلام كل واحد منهما باطن فيدخل ارش الموضحة
في ديته كالعقل وليس كذلك البصر لانه ظاهر فلا يدخل فيه ارش الموضحة كاليد والرجل قال
ومن قطع اصبع رجل فشلت اخري الي جنبها ففيهما الارش ولا قصاص فيهما عند ابي حنيفة والكلام
في هذه المسلة يقع في موضعين احدهما اذا الاصبع الثانية لا قصاص فيها عند ابي حنيفة وابي يوسف
وروي بن سماعة عن محمد ان فيها القصاص وجه قولهما ان قطع الاول صار سببا في تلاف
الثانية لا علي طريق الثانية السراية وما تلف بسبب السراية فلا قصاص فيه اصله حفر البير
وانما قلنا ان هذا لم يحصل علي طريق السراية هو ان السراية لا تثبت من عضو الي عضو وانما تثبت
من جزو الي جملة كما اذا سرت الي النفس لان الالم يتصل بالقلب فيحدث الموت منه فصار
كايقاع الجناية في النفس والطرف بخلافه وجه قول محمد ان القطع لما حصل علي طريق العمد كان
ما تولد منه في حكمه في وجوب القصاص اصله اذا سرت الي النفس واذا ثبت من اصلهما انه
لا قصاص فيها وجب الارش والموضع الاخر هو ان الاولي قد سقط القصاص فيها عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر فيها القصاص وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة
ان الجناية وما يتولد منها في حكم الجناية الواحدة بدليل انها اذا كانت عمدا فسرايتها كذلك وان
كانت خطا فكذلك سرايتها ولو اذن فيها سقط حكم ما يولد منها فصار كانه اذن فيه وقد ثبت
ان ما الت اليه يوجب المال فلا يجب ايجاب القصاص فيه لان الجناية الواحدة لا توجب المال
والقصاص جميعا وجه قولهما ان القصاص قد وجب بالاولي بدليل انها لو وقعت ولم تسر
وجب القصاص فلم يسقط القصاص بالجناية الاولى اصله اذا رمي الي رجل فنفذ الي رجل اخر
الجواب ان هذا ليس بسراية لان السراية لا يكون من نفس الي نفس وانما هذه جناية اخري
فجاز ان ينفرد حكمها عن الاولي يبين ذلك ان الرمي الاولي اذا كان ماذونا فيه لم يسقط
ضمان الثاني فدل انهما جنايتان قال وان قلع سن رجل فنبتت مكانها اخري سقط الارش
وقال الشافعي في احد قوليه عليه الضمان لنا ان ضمان السن يجب لفوات الانتفاع بها او
الزينة وقد عاد الفايت بكماله فلم يجب علي الجاني الضمان كما لو شجه فالتحمت وعاد الشعر
وكما لو قلع سن صبي لم يثغر فان قيل سن الكبير لا يعود في الغالب فاذا عادت فتلك هبة
من الله تعالي فلا يسقط الضمان كمن قطع شجرة لرجل فنبتت مكانها اخري قيل له المعني في الشجرة

ان الضمان يجب باتلاف الملك لا باتلاف الانتفاع بدليل انه لو قطع شجرة يستضر بها مالكها
لزمه الضمان واتلاف الملك حاصل في مسلتنا يلزمه الضمان لفوات الانتفاع والزينة
وقد عاد فلم يفت بالجناية شي **قال** ومن شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر
سقط الارش عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وقال محمد عليه اجرة الطبيب
وجه قول ابي حنيفة ان الضمان انما يثبت في الشجة لاجل الشين الذي يحصل بالاثر فاذا عاد الي ما كان
عليه فكانها لم تكن ولا شين فلا يجوز ايجاب الارش وجه قول ابي يوسف ان الاجزا وان عادت
فالالم باق فوجب تقويمه له وجه قول محمد ان ما لزمه من اجرة الطبيب كان بفعله فصار
كانه اخذ ذلك القدر من ماله وهذا لا يصح لان المنافع عندنا لا تتقوم الا بالعقد او شبهة
عقد ولم يوجد ذلك في حق الجاني فلم يلزمه الغرم **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتي
يبرا وقال الشافعي يقتص منه في الحال لنا حديث جابر ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي ان
يقتص من جرح حتي ينتهي ولانها جناية لم تستقر فلم يجز استيفا القصاص فيها كما لو قطع يده
من نصف الساعد فان قيل انه احد نوعي القصاص فجاز ان يجب معجلا اصله القصاص في
النفس قيل له نقول بموجبه لان عندنا فيما دون النفس يجب معجلا اذا كان مستقرا **قال**
ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله قبل البرو فعليه الدية وسقط عنه ارش اليد وذلك لان
الجنايات المتفرقة بمنزلة الجناية الواحدة بدليل اتفاق حكمها وحكم الجناية قبل البر مراعا
لا يحكم فيها بشي لجواز ان يؤول ووجدت الثانية سقط حكم الاولي وتثبت حكم النفس فلما لم
تستقر الجناية الاولي ووجدت الثانية سقط حكم الاولي فكانه اتلفه بجناية واحدة فيجب
الدية خاصة ولا يشبه هذا اذا قطع يده خطا ثم قتله عمدا لانهما جنايتان واختلاف الجنايتين
كاختلاف الجانيين ومعلوم ان جناية احد الجانيين لا تدخل في جناية الاخر كذلك الجنايتين
المختلفتين **قال** وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وذلك
لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ومثل هذا لا يعرف الا من طريق التوقيف فكانه رواه عن النبي صلي الله عليه وسلم ويكون في
ثلث سنين لانها دية وجبت بنفس القتل فكانت موجلة كالتي وجبت بالخطا **قال**
وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لظاهر الخبر ويكون في ماله حالا لانه مال
واجب بعقد فصار كالثمن في البيع فلا يثبت موجلا الا بالتاجيل **قال** واذا قتل الاب

عن جابر ... ان النبي صلي الله عليه وسلم ...

ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لنا ان الدية وجبت بنفس
القتل فوجب ان تكون موجلة كدية الخطا وشبه العمد هذا علي طريقة اصحابنا في المسله
وهي ان هذا القتل لا يتعلق به القصاص بحال فاما علي طريقة ابي الحسن ان موجب القتل القصاص
ويسقط لتعذر الاستيفا لانه يقول ان القصاص لما لم يستقر وجوبه فصار كانه لم يجب
وحل محل ملك الوكيل الذي لا يستقر فان قيل عمد سقط فيه القصاص فما صحت فيه من الارش
يكون حالا كمن قطع يد رجل من نصف الساعد قيل له هناك القصاص بطل واجب لو امكنت
المماثلة فاذا سقط لتعذر المماثلة وجب الارش حالا وفي مسلتنا لا يتوهم وجوب القصاص
فوجب البدل موجلا قال وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق علي عاقلته
وانما كان كذلك لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل العاقلة صلحا ولا اعترافا ولان اعترافه يتضمن
شيين احدهما وجود الجناية منه والثاني لزوم الارش للعاقلة فيصدق علي نفسه ولا يصدق
علي العاقلة ويكون في ماله موجلا لانها وجبت بنفس القتل قال وعمد الصبي والمجنون خطا
لان القصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من اهل العقوبة ولان الاحكام المختصة
بالعمد لا يتعلق بفعلها من القصاص والماثم فصار بمنزلة الخطا قال وفيه الدية علي العاقلة وقال
الشافعي في احد قوليه تجب الدية في ماله وتتغلظ وتكون حالة لنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال عمد الصبي خطا وروي ان مجنونا سعي علي رجل بالسيف فقتله فقضي علي بالدية علي
عاقلته وقال عمده وخطاه سوا ولا مخالف له ولان عمده دون خطا البالغ بدليل ان البالغ يلحقه
اللوم والاثم في التفريط ولا يلحق الصبي فاذا لم تتغلظ في حق البالغ وكان علي العاقلة فهذا اولي
فان قيل روي ابن عباس ان النبي صلي الله عليه وسلم قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا قيل له الصحيح من الخبر انه قول ابن عباس علي ان اطلاق العمد لا يتناول فعل الصبي
بدليل ان الاحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعله فان قيل ضمان مال بالاتلاف فاستوي فيه الصغير
والكبير اصله قيمه المتلفات قيل له هناك تستوي في احكامها العمد والخطا فاستويا في الضمان
وههنا يختلف فيها العمد والخطا فجاز ان يختلف بالصغير والكبير قال ومن حفر بيرا في طريق
المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته علي عاقلته اما وجوب الضمان فلانه
فعل تعدي فيه فما يتولد منه يكون مضمونا كالذي يتولد من الرمي وتكون دية ذلك علي العاقلة
اذا بلغ قدرا تتحمله العاقلة وذلك لانه ضمان الادمي جناية وما يجب بالجناية يكون علي

العاقلة كما يكون بالقتل قال وان تلف فيها بهيمة فضمانها في ماله لانه ضمان مال فالدية علي
عاقلته فلا تتحمله العاقلة اصله الديون قال وان اشرع في الطريق روشنا او ميزابا
فسقط علي انسان فعطب فالدية علي عاقلته وهذا علي ما بيناه في وضع الحجر وحفر البير سوا
وعلي هذا لو صب انسان ما في الطريق فزلق به انسان فعطب فالدية علي عاقلته وان تلف
به غير الادمي فالضمان في ماله لما بينا في حفر البير ووضع الحجر قال ولا كفارة علي حافر
البير وواضع الحجر وقال الشافعي عليه الكفارة لنا انه ليس بقاتل بدليل انه لم يوقع فعلا في
المقتول ولا فيما اتصل به ولانه لو فعل ذلك في ملكه لم يضمن به ولو كان قاتلا لاستوي ان يكون
الفعل في ملكه او في غير ملكه كالرمي فان قيل الواقع في البير مقتول ولهذا يضمن بالدية ويستحيل
ان يكون مقتولا لا قاتل له ولا قاتل غير الحافر الضامن لجنايته قيل له اذا امتنعنا ان يكون الحافر
قاتلا لم نقل ان الواقع في البير مقتول بل نقول هالك وميت وتالف واذا ثبت انه ليس
بقاتل لم تلزمه الكفارة لان الله تعالي اوجبها علي القاتل فان قيل فعل يضمن به نفس الحر فوجب
ان تلزمه الكفارة كالمباشرة قيل له لا تمتنع ان يضمن النفس بسبب لا يوجب الكفارة كالنفر
في العاقلة وكرجوع الشهود بالقتل وعلي هذا الخلاف ايضا القايد والسايق لا كفارة
عليه عندنا وعنده تجب الكفارة قال ومن حفر بيرا في ملكه فعطب بها انسان لم يضمن لانه
غير متعد في ذلك فيما يتولد منه لا يلزمه به الضمان وقد قالوا لو قعد في الطريق ليستريح او لمرض
اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة يبين ذلك ان الله تعالي
اباح الصيد ولو رمي صيدا فاصاب انسانا او شاة ضمن واعتبر فيه السلامة كذلك هذا
وقد قالوا لو كان لابسا لملبسا او غيره فوقع ذلك في الطريق فعطب به انسان فلا ضمان
عليه لان هذا مما لا يمكن الاحتراز منه فلا يتعلق به حكم ولو كان حاملا لذلك فوقع في الطريق
فعطب به انسان لزمه الضمان لان الحمل عكن الاحتراز منه وله منه بد فما يتولد منه
مضمون لانه ابيح له حمله علي شرط السلامة وقد قال اصحابنا في اهل اذا بنوا فيه
بنا او حفروا بيرا او وضعوا خشبا فعطب به انسان فلا ضمان عليهم لان النظر في مصالح
المسجد اليهم فما فعلوا فيه فلا ضمان عليهم فيه كالوصي والاب اذا فعلوا ذلك في دار اليتيم
وولي الوقف اذا فعل ذلك في الوقف فاما اذا بني رجل من غير اهل المسجد بنا في المسجد
او حفر بيرا او علق قنديلا او وضع حصيرا فعطب به انسان فهو ضامن في قول ابي حنيفة

وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليه الا في البنا والحفر وجه قول ابي حنيفة ان النظر في
مصالح المسلمين في المسجد الي اهله وليس الي غيرهم بدلالة ان لهم ان يمنعوا غيرهم من عمله
فصار من ليس من اهله كمن وضع حجرا او شيا في دار غيره ولانه لو لم يضمن في القنديل لم
يضمن في الحصير كاهل المسجد وجه قولهما ان المسجد لجميع الناس وقد اذن للمسلمين في عمارته
بقوله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر وقال تعالى في بيوت
اذن الله ان ترفع الا ان اهل المسجد لهم اختصاص به فصاروا كالمالك وغيرهم كالمستعير
ومعلوم ان للمستعير ان يضع في الدار الحصير والقنديل وليس له ان يحفر فيها ولا يبني فكذلك
هذا قال والراكب ضامن لما وطات الدابة او اصابته بيدها او كدمت ولا يضمن ما
نفحت برجلها وكل ما تولد من السير مما يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما لا يمكن
الاحتراز منه لا يودي ضمانه الي منع التصرف لما كان قادرا علي التحفظ منه واذا ثبت هذا
قلنا الراكب يمكنه الاحتراز من الوطء بالدابة ومما تصيب بيدها ومما تطا برجلها ومن
الكدم والصدم فكان ذلك مضمونا عليه فاما ما نفحت برجلها وهي تسير او بذنبها فلا
ضمان فيه لانه لا يمكن الاحتراز منه ولقوله صلي الله عليه وسلم الرجل جبار يعني نفحة
الرجل جبار وقد قالوا ان ما تادي من الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه
لانه لا يمكن الاحتراز منه كذلك ما اثارت الدابة بسنابكها من الحصا الصغار فاما
الحصا الكبار فالراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك لا في العنف في السير وذلك مما يمكن
الاحتراز منه وقد قالوا لو وقف في الطريق صاحب الدابة فهو ضامن في ذلك كله
النفحة بالذنب والرجل لانه ماذون في السير دون الوقوف لان الاذن انصرف
الي ما لا يضر بغيره والسير لا يضر باحد والوقوف يضر لانه يمنع الانتفاع بتلك البقعة
علي الدوام فصار متعديا في ذلك فضمن ما تولد منه وسوا كان يمكن الاحتراز منه او لا
يمكن قال فان راثت او بالت في الطريق فعطب به انسان لم يضمن لان هذا في حال
السير لا يمكن الاحتراز منه فلا يتعلق به ضمان فان كان ذلك وهو واقف ضمن لانه
وقوفه غير ماذون فيه فما تولد منه يكون مضمونا قال والسايق ضامن لما
اصابت بيدها او رجلها لانه مقرب الدابة الي الجناية ويمكنه الاحتراز من ذلك فلزمه
الضمان كالراكب قال والقايد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها لانه مقرب

للدابة من الجناية ويمكنه الاحتراز من اليد فلا يمكنه الاحتراز من الرجل فلم يضمن الرجل وقد
قالوا ان المرتدف مثل الراكب وقالوا علي الراكب والمرتدف الكفارة فيما اتلفت الدابة
بوطيها لان التلف حصل بفعلهما ولا يجب علي القايد والسايق لانه قتل بسبب وقد قالوا لو
كان الامام قد جعل للمسلمين علي باب المسجد الاعظم مكانا يقف فيه الدواب او كان موضعا
اخر قد اذن الامام بالوقوف فيه مثل سوق الدواب فلا ضمان علي الواقف بدابته من اي
شي كان منها لانه ماذون في الوقوف فما تولد منه لا يكون مضمونا وكذلك قالوا لو وقف في فلاة من
الارض او في طريق مكة علي غير المحجة فلا ضمان عليه لانه مما لا يستضر به فهو ماذون فيه فاما
المحجة ففي الوقوف فيها مضرة فيكون متعديا في الوقوف فيضمن ما يتولد منه وقد قالوا
في السايرعلي الدابة في ملكه والقايد والسايق لا ضمان عليهم مما يتولد من ذلك لانه متصرف
في ملكه فلا يكون بشرط السلامة فلا يضمن الا ما وطيت الدابة لان ذلك التلف حصل بفعله ولذلك
يلزمه الكفارة والاتلاف لا يختلف ان يكون في ملكه او غير ملكه وقد قالوا اذا انفردت
الدابة من الرجل او انفلتت منه فما اصابت في فورها ذلك فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام جرح
العجماء جبار وسوا كان انفلاتها في ملك صاحبها او في ملك غيره لانه لا صنع له فيه ولا يمكنه
الاحتراز منه وقد قالوا فيمن ارسل دابته فما اصابت في فورها ضمن لانه بارسالها كالدافع
لها وهو متعد في ذلك فيضمن ما تولد منه فان عطفت يمينا او شمالا ثم اصابت شيا فهو علي وجهين
ان لم يكن لها طريق الا ذلك فالضمان علي المرسل لانها باقية علي حكم الارسال الاول فصارت
كالمنفلتة وقد قالوا في رجل يسير علي دابته او كان واقفا عليها فنخس دابة رجل فانه ضامن لما تولد
من ذلك دون الراكب اذا فعل ذلك بغير امر الراكب لانه متعد في ذلك الفعل فضمن ما تولد منه
وصار كانه دفع الدابة علي غيره وقد روي انه اختصم الي سليمان بن ربيع في رجل نخس
دابة فصدمت رجلا فضمن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال الا انما يضمن الناخس وروي
ايضا ان عمر بن الخطاب ضمن الناخس دون الراكب واذا سكنت من فورتها لم يضمن بعد ذلك
الناخس لان ما يفعله بعد ذلك باختيارها لا متولدا من فعل الناخس وان كان فعل ذلك بامر
الراكب نظرت فان كان الراكب علي وجه ما اذن فيه من سير او وقوف فالضمان علي
الراكب خاصة لانه لما اذن وهو يملك الاذن صار كمن ضرب بنفسه فيعتبر فيه ما لو فعله
بنفسه وان كان الراكب واقفا علي طريق المسلمين الذي لم يوذن بالوقوف فيه فالدية

عليهما نصفين نصف علي الضارب ونصف علي الراكب علي عاقلتهما لان ضربه كضرب الراكب
وهو واقف بعيرا اذن فيضمن ما يتولد من ذلك والضارب قد تعدي في الفعل فاشتركا في الحد
نضمنا وقالوا لو امره بنخسها وهو يسير فوطيت انسانا فقتله فالدية عليهما لان التلف
حصل بفعل الراكب وفعل الناخس لانه لما فعله بامر الراكب صار كان الراكب فعل ذلك
ولو فعله الراكب لم يضمن ما نفحت في حال السير كذلك الناخس قال واذا قاد قطارا فهو
ضامن لما وطا فان كان معه سايق فالضمان عليهما وذلك لان كل واحد منهما مقرب للبهيمة
الي الجناية فكانه الفاعل علي غيره فان كان معها قايد فالضمان عليه وان كان معها قايد
وسايق فالضمان عليهما لانهما اشتركا في الجناية وقد قالوا لو كان السايق في وسط القطار
فما اصاب مما خلف هذا السايق وما بين يديه من شي فهو عليهما لان ما بين يديه هو سايق
والاول قايد وما خلفه هما له قايدان فيشتركان في الجناية فيكون الضمان عليهما وعلي
هذا ان كان احيانا خلفها واحيانا وسطها وهو يسوقها في كل ذلك لانه في كلتي الحالتين اما
سايق واما قايد وذكر محمد في الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف
القطار يسوقه والابل تنزجر بزجره وعلي الابل قوم في المحامل نيام او غير نيام فوطي بعير
منها انسانا فقتله فالدية علي عاقلة القايد والسايق والراكبين علي البعير الذي وطي وعلي
الراكبين علي مقدم البعير الذي وطي وعلي عواقلهم علي عدد الرووس والكفارة علي الراكب
خاصة وذلك لان القايد والسايق مقربان الي الجناية والراكب امام البعير كالقايد لما خلفه
والراكب علي البعير الذي وطي حصل التلف بثقله فاشتركوا في سبب الضمان فكانت
القيمة عليهم فاما الكفارة فعلي الراكب لان القتل حصل بثقله ومن سواه قاتل بسبب ومن كان
من الراكبين خلف البعير لا يزجر الابل ولا يسوقها فلا ضمان عليهم لانهم لم يكن لهم صنع صاروا
كمتاع علي الابل فلا يلزمهم فاما الراكب ان امام البعير الموطي فهم قادة وهذا الذي ذكره محمول
علي انهم يفعلون فعلا في القود فان لم يكن لهم فعل فهم كمتاع علي الابل فلم يلزمهم الضمان وقد قالوا
اذا كان الرجل يقود قطارا فجا رجل فربط اليه بعيرا والقايد لا يعلم فوطي البعير انسانا فقتله
فالدية علي عاقلة القايد يرجعون بها علي عاقلة الرابط لان الرابط تعدي بربطه فصار هو
المتسبب في الزامهم الضمان فكان الرجوع عليه ولو كانت الابل وقوفا لا تنقاد فجا رجل فربط
اليها بعيرا لا يعلمه فقادها القايد فانقاد البعير معها فوطي البعير انسانا فقتله فالدية

علي عاقلة القايد ولا يرجع بها علي عاقلة الرابط لان الرابط تعدي في الربط فلما قاد القايد
ازال جنايته عن مكانها فزال الضمان عنه وتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجه اخر
ثم عطب به انسان فالدية علي عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك في المسلة الاولي لانه
ربط البعير والابل سايرة فلم يستقر الجناية حتي تغير حكمها بالانتقال فبقي التعدي في الربط علي
حاله فان كان القايد في المسالتين علم بالربط فالدية علي عاقلته ولا يرجع بها علي عاقلة الرابط لانه
لما قاد بعد العلم فقد رضي بذلك فصار كانه امره بالربط فسقط عن الرابط الضمان قال
واذا جنا العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تفديه او تدفعه بها فان دفعه ملكه ولي الجناية
وان فداه فداه بارشها وهذا الذي ذكره صحيح وجناية العبد تتعلق برقبته ويخاطب المولي
فيها بما ذكر وقال الشافعي جنايته تتعلق بذمته ويباع فيها لنا ما روي عن ابن عباس انه قال
اذا جني العبد فمولاه بالخيار ان شا دفعه وان شا فداه وعن عمر رضي الله عنه قال عبيد الناس
اموالهم وجنايتهم فيهم وعن علي رضي الله عنه مثله ولانها جناية يمكن استيفاوها من الرقبة
فوجب ان يتعلق بها كجناية العمد في الحر والعبد واذا ثبت انها متعلقة لم يلزم المولي فيها اكثر
من رفع يده لتستوفي الرقبة بها كجناية العمد ولانا انما نخاطبه لاجل ملكه فاذا دفعه
فقد اسقط حقه فزالت المطالبة وصار كالوارث اذا خلي بين الغرما وبين التركة واما اذا اختار
الفدا جاز لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش فاذا استوفاه سقط حقه فان قيل الارش
اما ان يكون من الابل او من الاثمان والحق اذا ثبت من جنس لم يجبر صاحب الحق علي اخذ غير
جنس حقه قيل له لسنا نقول ان رقبة العبد توخذ عن الارش ولكنه يسقط عن نفسه
المطالبة بتسليمها فسقط ما وجب من الارش بملك المستحق لها فان قيل ارش الجناية
يتعلق برقبة العبد فاذا امتنع المولي من دفع المال وجب بيع العبد وقضا الدين من ثمنه
اصله العبد المرهون قيل له العبد المرهون وثيقة بالدين والدين متعلق بذمة الراهن
فاما ان يتعلق برقبته فلا ولا نسلم ان الرهن يباع في الدين لكن يحبس الراهن حتي يبيعه ويقضي
منه دينه قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وقد بينا ذلك قال
وان عاد فجني كان حكم الجناية الثانية حكم الاولي وذلك لانه لما فداه بارش الاولي تفرغ
وتبعه من الجناية وصار كانه لم يجن الا هذه الجناية فيكون الحكم فيها كالحكم في الاولي قال
وان جني جنايتين قيل له اما ان تدفعه الي ولي الجناية يقتسمانه علي قدر حقهما واما ان تفديه بارش

كل واحد منهما وانما كان كذلك لان تعلق حق الجناية برقبته لا يمنع من تعلق مثلها ايضا برقبته
كما لا يمنع الدين من ثبوت مثله وكما لا يمنع حق المولي من تعلق حق ولي الجناية واذا تعلق حق ولي
الجنايتين برقبته كان على المولي ان يدفعه اليهما يقتسمانه على قدر حقيهما او يفديه بارشهما وقد
قالوا للمولي في هذا الفصل ان يخالف بين الاختيار فيفدي من احدهما ويدفعه الي الاخر مقدار
ما تعلق حقه من العبد وذلك لان حق كل واحد منهما لا تعلق له بحق صاحبه فجاز ان يخالف
الاختيار في حقهما كما لو انفرد كل واحد منهما ولا يشبه هذا اذا قتل العبد رجلا له وليان انه
لا يجوز للمولي ان يختار الدفع الي احدهما والفدا من الاخر لانها جناية واحدة فلم يملك تبعيض
موجبها **قال** وان اعتقه وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان باعه
او اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش وهذا لما بينا ان المولي في جناية عبده مخير
بين الدفع والفدا ومن خير بين امرين ففعل ما يدل على اختيار احدهما او ما يمنع من اختيار
احدهما تعين عليه الاخر ومعلوم انه اذا باعه او اعتقه وهو يعلم بالجناية فقد صار مختارا
للفدا لما تعذر عليه دفعه بفعله واما اذا لم يعلم بالجناية فيستحيل ان يوصف بالاختيار
الا انه قد منع التسليم بفعله مع تعلق حق ولي الجناية به فلزمه الاقل لان الارش ان كان
اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر فلم يتلف المولي الا
العبد فلزمه قيمتها وقد قالوا لو مات العبد الجاني قبل اختيار المولي سقط حق ولي الجناية
وذلك لان حقه متعلق بالرقبة من غير فعل المولي سقط الحق كهلاك المال الذي وجبت
فيه الزكاة بغير فعل المالك ولو كان المولي قد اختار الفدا ثم مات العبد لم يسقط الفدا عن المولي
لان الحق قد انتقل من الرقبة الي ذمة المولي بالاختيار وصار دينا في ذمته فلا يسقط بموت
العبد كسائر ديون المولي **قال** واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولي الاقل من
قيمته ومن ارشها وانما لزمت المولي هذه الجناية لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله
عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه وقد كان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة
ولا يعرف له مخالف ولان المولي صار مانعا من تسليمه في الجناية بالتدبير من غير اختيار
فصار كانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل لان الارش ان كان اقل من قيمته
فلا حق لولي الجناية في اكثر من ذلك وان كان اكثر من القيمة فلم يتلف المولي بالتدبير الا الرقبة
فيلزمه قيمته وكذلك جناية ام الولد لهذا المعنى **قال** فان جنى المدبر جناية اخرى وقد

دفع

وقد دفع المولي القيمة الي الاول بقضا فلا شي عليه ويتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية
الاولي فيشاركه فيما اخذ وذلك لان الضمان انما لزم المولي لاجل المنع الذي حصل فيه
في الرقبة وهو منع واحد فصار كان الجنايات كلها اجتمعت ثم دبره فلا يلزمه الا قيمة واحدة
ويتعلق حق جماعتهم بها فاذا دفعها الي الاول بقضا فقد زالت يده عنها بغير اختياره
فلا يلزمه ضمانها وللثاني ان يتبع الاول لانه قبض ما تعلق حقه به كالوصي اذا دفع التركة
الي الغرما ثم ظهر غريم اخر فانه يشاركهم لما قبضوا فيما تعلق حقه به كذلك هذا **قال**
وان كان المولي دفع القيمة بغير قضا فالولي بالخيار ان شا اتبع المولي وان شا اتبع ولي
الجناية الاولي وذلك لان المولي سلم الي الاول ما تعلق حق الثاني به فكان للثاني الخيار في
تضمين ايهما شا فان ضمن المولي رجع على ولي الجناية الاولي لانا تبينا انه دفع اليه ما ليس
بحق له فكان له الرجوع به وهذا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتبع ولي
الجناية الثانية الاول ولا سبيل له على المولي دفع بقضا او بغير قضا وجه قولهما ان المولي
دفع الي الاول ولا حق للثاني فلم يكن متعديا في الدفع وانما يلزمه الضمان ولم يذكر صاحب
الكتاب جناية المكاتب ونحن نبينها ونذكر من ذلك ما يحتمله الكتاب وقد قال اصحابنا
جناية المكاتب على نفسه دون سيده ودون عاقلته لان الكتابة المكاتب له فكانت
جنايته عليه كالحر ولان المكاتب هو المانع من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة فكان
الارش عليه كالمولي اذا منع التسليم بالتدبير فان قيل المولي هو المانع بعقد الكتابة لانه
تابع بالتدبير فيجب ان يكون الضمان عليه كما يلزمه جناية المدبر قيل له نفس عقد الكتابة لا
يمنع الدفع بدليل انه يعجز فيدفع وانما البقاء على العقد هو المانع وذلك انما هو لحق المكاتب
فكان المنع من جهته فلحقه الضمان دون المولي واذا ثبت ان الجناية تلزم المكاتب قلنا
لزمه الاقل من ارش الجناية ومن قيمته لما بينا فيما تقدم ان كان الارش هو الاقل فلا
حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر من القيمة فلم يتلف بعقد الكتابة الا الرقبة
فلزمه قيمتها وقد قال اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر بذمته
وجه قول اصحابنا ان رقبته يجوز تسليمها في الجناية لو عجز وكل رقبة يصح وامكان دفعها
في الجناية فان الجناية تتعلق بها اصله رقبة العبد وجه قول زفر ان رقبة المكاتب لا يجوز
فيها التمليك فلا تتعلق الجناية بها كرقبة الحر والمدبر وفائدة الخلاف ان المكاتب اذا عجز

قبل انتقال الجناية من رقبته قيل للمولي ادفعه او افده وقال زفر يباع في الارش كما يباع
في الديون ويظهر الخلاف ايضا اذا جنا المكاتب ثم جنا قبل القضا عليه بالجناية الاولي انه
يقضي عليه بقيمة واحدة لان الجناية الاولي تعلقت برقبته والثانية ايضا والرقبة تتضايق
عنهما فتكون بينهما كجنايتي العبد وعلي قول زفر يحكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنده
في الذمة والذمة لا تتضايق واذا ثبت عند اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته فانها
لا تنتقل الي ذمته الا باحد ثلثة معان اما ان يحكم الحاكم بارشها عليه او يصطلحوا علي الارش
او يموت المكاتب ويترك مالا او ولدا ووجه ذلك ان حكم جنايته كان موقوفا فالجواز ان يعجز
فيدفع بالجناية او يعتق فيتعذر الدفع ويجب الارش فاذا حكم الحاكم باحد جهتي المراعاة
بطلت الجهة الاخري وكذلك ايضا اذا اصطلحوا لان البدل في الصلح يثبت في الذمة فيوجب
نقل الجناية عن الرقبة واما اذا مات وترك وفا فقد حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزا حياته
وذلك يمنع من دفع الرقبة فانتقل الحق الي الذمة وكذلك اذا ترك ولدا لان الولد قايم مقامه
وقد تعذر دفع الرقبة بالموت فانتقل الحق الي الذمة واذا جني المكاتب فلم يحكم عليه بشي حتي جني
جناية اخري فان القاضي يحكم عليه باقل من قيمته ومن ارش الجنايتين لان الجنايات تتعلق
برقبته وهي تتضايق عنها فيتضاربون فيها فان جني جناية فحكم القاضي عليه بالاقل من قيمته
ومن ارشها ثم جني جناية اخري فان القاضي ايضا يحكم عليه في الثانية بالاقل من قيمته ومن ارش
الجناية وذلك لانه لما حكم عليه بالاولي نقل الحق الي الذمة فصادفت الجناية الثانية الرقبة
وهي فارغة فتعلقت بها كالاولي وقد قالوا ان القاضي ينظر في قيمة المكاتب في كل جناية يوم
جني فيعتبر ذلك ولا يعتبر بزيادة القيمة ونقصانها بعد تلك الجناية وذلك لان المكاتب
لو كان عبدا لزم دفعه يوم الجناية فصار مانعا من ذلك اليوم فاعتبر قيمته في تلك
الحال وعلي هذا المدبر وام الولد يعتبر قيمة كل واحد منهما يوم الجناية في كل جناية
لانه صار مانعا بالتدبير المتقدم فكانه دبر عقيب كل جناية فيعتبر قيمته في تلك الحال
فعلي هذا اذا قتل رجلا وقيمته الف ثم زادت قيمته فصارت الفا وخمسماية ثم
قتل رجلا اخر فان ولي الجناية الثانية ياخذ من المولي فضل ما بين القيمتين وهو خمسماية
يحتسب بها من الارش الذي له ثم يقتسمان بقيمة العبد وهو الف علي ما بقي لكل واحد منهما
فيكون بينهم علي تسعة وثلاثين سهما وقد قالوا ان المكاتب اذا اقر بجناية خطا لزمته

وحكم

وحكم الحاكم عليه بها وذلك لان جنايته مستحقة من كسبه والمكاتب احق باكسابه فيقبل اقراره
كالحر فان لم يحكم بذلك الحاكم عليه حتي عجز بطلت الجناية لان الاقرار لو صح لصار لازما للمولي بدليل
انه كان يخاطب بالدفع او الفدي واقرار المكاتب لا ينفذ في حق مولاه فان حكم الحاكم بها عليه
ثم عجز بطلت عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يبطل ويقضي دين عليه وجه قول
ابي حنيفة ان المكاتب باق علي اصل الحجر في كل شي لم يتضمنه عقد الكتابة ولا صار ماذونا فيه
بدليل انه لا يصح قرضه لما لم تتضمن الكتابة ذلك والكتابة لا تتضمن الاقرار بالجناية فكان
محجورا عليه فيه في حق المولي وانما الزمناه ذلك مع بقا الكتابة لثبوت حقه في اكسابه
فاذا عجز زال هذا المعني فبطل ما تعلق باقراره وجه قولهما ان الحاكم لما حكم عليه صارت
الجناية دينا في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجز وقد قالوا لو اقر بجناية فلم يحكم بها
حتي ادي فعتق صارت دينا عليه حين عتق لان الجناية لزمته في اكسابه ولم تلزم المولي فلما
عتق تاكد بعتقه كسائر ما يقر به من الديون ولا يشبه هذا العبد اذا اقر بجناية ثم عتق لان
جنايته علي مولاه ومن اقر بحق علي غيره فانه لا يلزمه في نفسه قال واذا مال الحايط
الي طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه فلم يقدر علي نقضه فيها
حتي سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال وجملة ما يقال في هذا ان من بنا حايطا في ملكه
فهو علي وجهين اما ان يبنيه مايلا او غير مايل فان بناه مايلا الي الطريق او الي ملك غيره
فهو ضامن لما تلف به وان لم يطالب بنقضه لانه تعدي بالبنا في ملك غيره الا تري ان جهة
البتة في حكمها ولو بني في ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بناه هوا في ملك غيره واذا ثبت
انه متعد في ذلك ضمن ما تولد منه كحفر البير في الطريق وان بناه في ملكه غير مايل ثم مال
الي الطريق او الي ملك غيره فلا ضمان عليه فيما تلف به قبل ان يتقدم اليه بنقضه ويشهد
عليه وقال بعض اصحاب الشافعي عليه الضمان لنا ان حق الغير حصل في يده بغير فعله
فلا يضمنه قبل المطالبة اصله الثوب اذا القته الريح في داره ولانها جناية بسبب فاختلف
فيها التعدي وغير التعدي اصله حفر البير فان قيل ما وجب ضمانه اذا تقدم اليه فاذا تلف
وجب وان لم يتقدم اليه كما لو بنا الحايط مايلا قيل له هناك حق الغير حصل في يده بفعله فضمنه
في غير مطالبة وفي مسالتنا حصل في يده من غير فعله علي ما بيناه فاختلف الضمان بالمطالبة
وعدمها واما اذا تقدم اليه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه مع الامكان حتي تلف بسقوطه

شي فعليه الضمان وقال اصحاب الشافعي ظاهر ما في المختصر انه لا ضمان عليه لنا انه اذا طولب
بالازالة وجب عليه النقل فاذا لم ينقل مع الامكان ضمن ما تولد منه كما لو بني حايطا مايلا الي ملك
غيره فان قيل ما ليس بسبب للضمان اذا لم يتقدم اليه بازالة وجب ان لا يكون سببا للضمان وان
تقدم اليه اصله حفر البير في ملكه واذا اشعل نارا في ملكه فطار الجمر الي ملك غيره قيل له اذا
حفر في ملك نفسه لم يحصل حق الغير فيه فالمطالبة لا تاثير لها وفي مسلتنا حق الغير حصل فيه
فالمطالبة بازالة يد موثرة فلذلك افترقا واما اذا طارت الريح بالجمر الي ملك غيره فطالبه باخذ الجمر
ونقله فلم ينقله مع الامكان ضمن ما تلف به فهو مثل مسلتنا وقد قال اصحابنا المعتبر في وجوب
الضمان هو المطالبة بهدمه وانما يحتاج الي الاشهاد لتثبت به المطالبة ان جحدها صاحب
الحايط ولو طولب ولم يشهد عليه لزمه الضمان فيما بينه وبين الله تعالي قال محمد والاشهاد ان
يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الي هذا الرجل في هدم حايطه هذا فاذا فعل هذا لزمه
نقضه علي وجه الامكان قال ويستوي ان طالبه بنقضه مسلم او ذمي وهذا صحيح لان
الطريق حق لجميع اهل دار الاسلام فكل من له المرور في الطريق له المطالبة بنقضه واهل
الذمة من اهل دار الاسلام فاذا طالب الذمي بذلك فقد طالب بما له فيه حق فصحت مطالبته
وكذلك لو طالبت به امراة او صبي او رجل غريب من بلد اخر لان هولا لهم المرور في الطريق
فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم قال وان مال الي دار رجل فالمطالبة الي مالك الدار خاصة
لان هذا يختص به فكانت المطالبة اليه خاصة فان كان فيها سكان فالمطالبة للسكان لان لهم حقا
في المطالبة بازالة ما شغل الدار وكذلك لهم المطالبة بازالة ما منع الهوي وقد قال اصحابنا
اذا طولب بنقض الحايط ثم باع الدار وقبضها المشتري سقط فلا ضمان علي البايع وذلك لانه لما
باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان انما يجب بترك النقض مع الامكان فاذا لم يجد
لم يضمن ولا يشبه هذا اذا اشرع جناحا الي الطريق ثم باع الدار والجناح ثم وقع علي انسان
فان البايع يضمن لانه بنفس وضع الجناح جان فزوال ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسلتنا
لان بنا الحايط لم يكن جناية وانما الجناية بترك النقض فاذا صار بحال لا يملك النقض خرج فعله من
ان يكون جناية وعلي هذا كل من اشهد عليه ممن يجوز له نقضه فانه لا يضمن وان كانت الدار
في يده كالمرتهن والمستاجر والمودع وقد قالوا اذا تلف بالحايط غير بني ادم فهو في ماله لان هذا
ضمان مال وضمان الاموال لا تتحمله العاقلة فاما ان تلف به ادمي فهو علي العاقلة لانها

الجناية

الجناية دون الخطا فكانت اولي بالتحمل وقال محمد ان العاقلة لا تضمن حتي تشهد الشهود علي ثلثة اشيا
علي التقدم اليه في النقض وعلي انه مات من سقوطه عليه وعلي ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهره
في الملك والظاهر لا يستحق به حقا علي الغير وسقوطه عليه بعد التقدم اليه بنقضه سبب الضمان
فلا بد من ثبوته قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلي عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال زفر
علي عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر وقال الشافعي لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال
مثل قولنا ولا مخالف له ولان كل واحد منهما جني علي صاحبه بصدمه له فلزمه جميع ديته
كما لو كان واقفا فصدمه فمات ان الدية علي الصادم خاصة فان قيل روي عن علي رضي الله
عنه انه اوجب نصف الدية قيل له ان ثبت جمعنا بينهما فقلنا اوجب نصف الدية اذا علم انه
مات من الفعلين جميعا وتجب الدية اذا لم يعلم ذلك فان قيل كل واحد منهما مات بفعل صاحبه
وفعل نفسه لان صدمه لغيره بالمركوب فصار كالمستعير احتيج قيل له قد سلمت ان موته قد
حصل من فعل صاحبه وادعيت انه يكون بفعل نفسه ايضا وهذا المعني غير معلوم فلا
يسقط الضمان المتيقن ولا بعضه بالشك قال واذا قتل رجل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد
علي عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر قضي عليه بعشرة الاف الا عشرة
وهذا الذي ذكره قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قول ابي حنيفة وزفر ومحمد رحمهم الله
وقال ابو يوسف فيه قيمته بالغة ما بلغت وجه قول ابي حنيفة انها جناية علي نفس ادمي فلا
تزاد علي الف دينار كالجناية علي الحر وجه قول ابي يوسف وهو قول علي وابن عمر وابن عباس
انها جناية علي مال فوجب بها القيمة غير مقدرة كالبهايم واذا ثبت عند ابي حنيفة انها لا تزاد
علي الدية نقص منها عشرة دراهم لما روي عن عبد الله بن مسعود انه قال في قيمة العبد
لا تزاد علي عشرة الاف الا عشرة دراهم وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف ولان النقصان انما
هو لاجل الرق وقد فرق الشرع بين الرق والحرية بعشرة دراهم الا تري ان بضع الحرة
لا يستباح باقل من عشرة دراهم وبضع الامة يجوز ان يستباح بالهبة من غير عوض فلما
ثبت ذلك في الشرع قدرنا النقص ايضا في هذه المسالة بعشرة قال وفي الامة اذا زادت
قيمتها علي الدية خمسة الاف الا عشرة لان دية الحرة خمسة الاف فينقص منها عشرة كما
ينقص من دية الرجل الحر قال وفي يد العبد نصف قيمته لا تزاد علي خمسة الاف الا خمسة
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي

يوسف الاول وقال محمد عليه النقصان وهو قول زفر وابي يوسف الاخر وجه قول ابي حنيفة
ان القيمة في العبد كالدية في الاحرار فاذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز ان يتقدر من دية
الحر كذلك لا يجوز ان يتقدر من قيمة العبد وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمانه ضمان
الاموال بدليل انه لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا تتحمله العاقلة والجناية على الاموال تجب بها
النقصان واذا ثبت من اصل ابي حنيفة ان يد العبد تجب فيها نصف قيمته نقص من ذلك خمسة
لان ما يجب في اليد من الحر مقدر بنصف ما يجب في الجملة فكذلك ما يجب في يد العبد يكون مقدرا
بالنصف فيما يجب في جملته ولا يشبه هذا ما يجب في قتل الامة لانه ضمن منه عشرة لانه لم ينقص
من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فكذلك لا يقدر النقص فيها بعشرة وقد روي الحسن عن ابي حنيفة
ان الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة مثل الحاجب والاذن
وذلك لان التقدير لما دخل في الجناية عليه استوى في ما فيه منفعة وما فيه زينة كالحر وروي
ابو يوسف عن ابي حنيفة ان ما فيه زينة لم يتقدر لان الزينة ليست مقصودة من العبد وهي
مقصودة من الحر فاما ما له منفعة فهو مقصود منهما فاستويا في تقديره قال واذا ضرب
بطن امراة فالقت جنينا ميتا فعليه نصف عشر الدية وهذا الذي ذكره استحسان وكان
القياس ان لا يجب على الضارب في الجنين شيء لانه يجوز ان يكون حيا ويجوز ان تكون الحياة
لم تخلق فيه فلا يلزمه الضمان بالشك ولانهم اتفقوا ان من ضرب بطن بهيمة فالقت جنينا كان
عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين وكذلك جنين الادمية وانما تركوا القياس لما روي انه
اختصم الى عمر في ذلك فقال للصحابة رضي الله عنهم نشدتكم الله هل سمعتم من رسول
الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيا فقام المغيرة فقال كنت بين جاريتين فضربت احداهما
الاخرى بعمود خيمة فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على
عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وقد روي في الخبر ان ولي الضاربة قام فقال
كيف ندي من لا اكل ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال النبي صلى الله عليه
وسلم اسجع كسجع الكهان اسجع كسجع الاعراب فيه غرة عبد او امة فقال عمر من يشهد
معك بهذا فقام محمد بن مسلمة فشهد فقال لكدنا ان نقضي فيها برايينا وفيها سنة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عبد الرحمن بن ابي صالح ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى في الجنين بغرة عبدا وامة او خمس مائة ولان الضارب منع من الحياة فوجب

عل

عليه الضمان كالمغرور لما منع من حصول الرق ضمن قيمة الرق واذا ثبت وجوب الغرة قال
اصحابنا هي مقدرة بخمس مائة وقال الشافعي بستمائة وهذا الاختلاف مع اتفاقهم على انها نصف
عشر الدية ولان الدية مقدرة عندنا بعشرة فنصف عشرها خمس مائة وعنده مقدرة باثني
عشر الفا ونصف عشرها ستمائة وقد قال اصحابنا انه يستوي فيه الذكر والانثى
لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بالغرة ولم يفصل ولانه يتعذر التمييز بينهما فسقط
اعتباره لتعذره وقد قالوا ان الغرة على عاقلة الضارب لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيها
على العاقلة في خبر المغيرة ولهذا قال ولي الضارب كيف ندي من لا اكل ولا شرب وهذا يدل
على انه قضى بها عليهم ولانها بدل نفس فصارت كالدية قال فان القته حيا ثم مات ففيه
الدية كاملة وذلك لانه صار قاتلا لنفس كاملة فلزمه الدية كاملة قال وان القته ميتا
ثم ماتت فعليه دية وغرة وذلك لانه متلف لكل واحد منهما فوجب عليه ما يجب في كل واحد
منهما حال الانفراد قال وان ماتت ثم القته ميتا فلا شيء في الجنين وقال الشافعي فيه
الغرة لنا ان القياس ان لا يجب في الجنين شيء على ما بيناه وانما ترك القياس للخبر والخبر
ورد فيمن القت جنينا وذلك لا يكون الا في حال الحيوة لانه اضاف الفعل اليها ولان الجنين
له حكم الاعضاء من وجه بدليل انه يعتق بعتقها ولا يكمل ارشه وله حكم الانفراد من وجه بدليل
انه يورث عنه واذا انفصل في حياتها انفرد بضمان ولم يدخل في ارشها ان ماتت
واذا كان كذلك فاذا انفصل في حياتها ميتا لم يدخل في ارشها اعتبارا بالانفس واذا انفصل
بعد موتها ميتا لم يضمن اعتبارا بالاعضاء وكل فرع تردد بين اصلين يجب ان يلحق بما لا يفرد
اعتباره بالحر منهما دون الاخر فان قيل كل حالة يجب فيها ضمان الجنين اذا انفصل حيا ثم
مات وجب ضمانه على الجاني اذا انفصل ميتا اصله حال حياتها قيل له حال حياتها يجوز ان
يضمن ما انفصل من اعضائها فيجوز ان يضمن جنينها الميت وبعد الموت لا يجوز ان يضمن ما
انفصل من اعضائها فلا يضمن ما انفصل منها ميتا قال وما يجب في الجنين يورث عنه
وقال الليث الغرة لام الجنين لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدليل انها تعتبر به دون الام الا ترى
ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة واذا كان ذلك بدلا عنه وجب ان يكون
موروثا لانه بدل النفس تستحقه الورثة اصله الدية وقد قالوا لا يرث الضارب منها
لانه قاتل بغير حق قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر

قيمته ان كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام وقد قالوا في جنين ام الولد من مولاها عشر
يكون قيمتها عشر قيمة الاب وكذلك في جنين الذمية اذا كان ابوه مسلما عشر دية الاب
فاعتبروه باوفر الديتين والكلام في هذه المسالة يقع في موضعين احدهما ان الواجب في
الجنين يعتبر بنفسه والثاني في التقدير في الذكر والانثى والدليل على انه معتبر بنفسه انها نفس
متلفة فاعتبر بدلها بها كسائر المتلفات ولان اعتباره بغيره يودي الى ان يجب فيه حيا اقل
مما يجب فيه ميتا الا ترى انه لو كان قيمة امه عشرة الاف وقيمته لو كان حيا مائة فلو القته
حيا ثم مات وجب فيه مائة ولو القته ميتا وجب فيه الف فوجب فيه ميتا عشرة اضعاف
ما يجب فيه حيا ولان اعتباره باوفر القيمتين غلط لان المتلف يعتبر في ضمانه المتلف
ولا يعتبر الاكثر فان قيل لو اعتبرناه بنفسه لوجب تقويمه ولا يخلو اما ان يقوم حيا او ميتا
ولا يصح تقويمه ميتا لانه لا قيمة له ولا يصح تقويمه حيا الا انا لم نتحقق حياته فاذا لم يصح تقويمه
في نفسه وجب اعتباره بغيره ولان التقويم يحتاج فيه الى ادراك الصفات ومعرفتها ولا
طريق الى ذلك ولانه لو وجب تقويمه وجب اعتبار جميع قيمته كسائر المتلفات قيل له لسنا
نقومه ميتا وانما نقومه على صفته ان لو كان حيا وهذا نقوم له في كمال قيمة وقولهم لا
يجوز تقويمه حيا لانا لا نعلم حياته فلا يصح لان هذا يلزمنا ان لو اوجبنا قيمته حيا فلما اذا اوجبنا
بعض القيمة لم يلزمنا وهذا كما يوجب في اليد الشلاء بعض ما يوجب في اليد الصحيحة لما لم نعلم
صحتها فاما قولهم لا ندرك صفاته فيبطل بمن اتلف عبدا لم يشاهده الحاكم ولا يوجد من يعرف
صفاته فانا نثبت ما يعترف به الجاني ولا يمنع الجهل بصفاته من ايجاب القيمة وقولهم
كان يجب جميع القيمة كسائر المتلفات لا يصح لانا نقومه حيا ونحن لا نعلم حياته فلا يجوز ان يوجب
كمال القيمة كما نقوم اليد الشلاء لا نعلم قيمتها لما لم نعلم صحتها فان قيل ان النبي صلى الله عليه
وسلم اوجب في جنين الحرة غرة وسوى بين الذكر والانثى وهذا الخبر هو الاصل في الجنين
فوجب التسوية في كل موضع قيل له هذا دليلنا ان النبي عليه السلام اوجب في جنين الحرة
غرة وقومها بخمس مائة وذلك نصف عشر قيمته لو كان ذكرا وعشر قيمته لو كان انثى
وجنين الامة فرع على جنين الحرة فيجب اعتباره بها فيودي الى ما قلناه **قال** ولا كفارة
في الجنين وقال الشافعي على الضارب الكفارة لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب
في قصة الجنين الغرة دون الكفارة فلو كانت واجبة لبينها لانها بعض الاحكام الداخلة

ولا

ولا يجوز له تاخير البيان عند الحاجة فلما لم يبينها دل انها لا تجب ولان الكفارة تجب بالقتل وليس بقاتل
لان الحياة غير معلومة فلا تجب بالشك فان قيل كل من لزمه بدل نفس ادمي بالجناية وجب ان يضمن الكفارة
اصله اذا قتله بعد الانفصال قيل له لا نسلم انه يضمن بدل النفس لانا لا نعلم الحياة وانما ضمن لانه
قطع النماء عن الجنين فاما اذا اتلفه بعد الانفصال فانه يجب فيه القصاص اذا كان عمدا فجاز ان يجب
الكفارة في اتلافه والجنين بخلافه **قال** والكفارة في شبه العمد والخطا عتق رقبة فان لم يجد فصيام
شهرين متتابعين ولا يجزي فيها الاطعام وقال الشافعي يجب فيها الاطعام اذا لم يقدر على الصيام
دليلنا ان الله تعالى ذكر القتل واوجب فيها الكفارة بالعتق والصوم ولم يوجب الاطعام فايجابه
زيادة في النص وذلك عندنا نسخ فلا يجوز اثباته الا بما يجوز نسخ القران به ولانها كفارة يجمع
على وجوبها تعلق بسبب يشترك فيها الرجل والمراة فلا يكون الصوم فيها بدلا ككفارة اليمين فان
قيل ان الله تعالى جعل الاطعام بدلا عن الصوم في كفارة الظهار واطلقه في كفارة القتل فيجب
ان يحمل المطلق على المقيد قيل له من اصلنا ان نحمل المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده كما ان
الله تعالى ذكر الكسوة في كفارة اليمين واطلقها في الظهار والقتل ثم لم تثبت الكسوة في
الكفارتين حملا للمطلق على المقيد كذلك ها هنا

كتاب القسامة

قال رحمه الله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسين رجلا منهم يتخيرهم
الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية والكلام في هذه
الجملة يقع في مواضع منها ان الاصل في ثبوت القسامة حديث سهل بن ابي حثمة قال
وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجا اخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة
ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه الكبير منهما فقال
يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال
صلى الله عليه وسلم تبريكم اليهود بخمسين يحلفون انهم لم يقتلوا قال قلت كيف نرضى بايمانهم
وهم مشركون قال فيقسم خمسون منكم انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول
الله صلى الله عليه وسلم من عنده وعن ابن عباس رضي الله عنه قال وجد قتيل بخيبر فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد قتيل في بني اسرائيل على عهد
موسى عليه السلام فقضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال يحلفون خمسين يمينا ثم تغرمون الدية
قالوا قضيت بالناموس يعني بالوحي وقد روي خبر القسامة عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجوه

وطرق كثيرة وقال الشعبي كانت القسامة في الجاهلية فاول من قضى بها في الاسلام عمر بن الخطاب رضي
الله عنه وهو ان قتيلا باليمن قتل بين قريتين حنين فكتب الى عمر انه وجد قتيلا لا ندري من قتله فكتب
عمر ان قس بين القريتين فايهما كان اقرب فالزمهم فوافوا عمر فاحلف منهم خمسين رجلا بالله ما قتلنا
ولا علمنا له قتيلا فقالوا انعطى ايماننا واموالنا قال نعم فبم يبطل دم هذا وقد روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم كتب الى اليهود اما ان تدوا واما ان تاذنوا بحرب من الله ورسوله فدلت هذه الاخبار
على وجوب الايمان على اهل المحلة وعلى وجوب الدية ومنها انه اذا وجد القتيل في محله وادعى الولي
عليهم استحلفوا خمسين يمينا وقضى عليهم بالدية وقال الشافعي اذا ادعى الولي القتل وهناك لوث
فان الولي يستحلف ويقضى له بالدية وقال الشافعي ذلك فان كان واحدا استحلف خمسين يمينا
وان كان الاولياء جماعة ففيه قولان احدهما يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني يقسم الايمان
بينهم على قدر ميراثهم فان حلفوا والقتل خطا قضى بالدية وان كان عمدا ففيه قولان احدهما
يجب القود والاخر الدية المغلظة واللوث ان يكون هناك علامة للقتل في واحد بعينه او يكون
هناك عداوة ظاهرة لنا قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال
واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر نسوي صلى الله عليه وسلم في الدعوى بين الدماء
والاموال واوجب البينة على المدعي واليمين على من انكر ولما روي زياد بن ابي مريم ان رجلا جا
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال
اجمع منهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ما لي من اخي
الا هذا فقال بل لك مائة من الابل ذكره ابن شجاع في الاثار ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق بها
المال كدعواه فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في قصة سهل قال لحويصة ومحيصة
وعبد الرحمن تحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قيل له انما هذا على وجه الانكار والاستفهام
بدليل انه اثبت الثوب فكانه انكر عليهم لما قالوا لا نرضى بيمين اليهود والذي يبين صحة ما قلنا
انه كان على طريق الانكار لا على طريق الامر انهم قالوا كيف نحلف على امر لم نره وكيف يجوز ان
نامرهم بالحلف على ما لم يعلمونه فان قيل يمين المدعى عليه لا تحكم بموجبها وكل من لم نحكم بموجب
يمينه لا يعرض عليه اليمين اصله المدعي في ساير الحقوق قيل له هذا قياس يخالف النص لان
النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اليهود اما ان تحلفوا وتودوا والا فاذنوا بحرب من الله ورسوله
ولان اليمين عندنا تقتضي موجبها في القسامة كما تقتضي موجبها في ساير الدعاوي وذلك ان

الولي

الولي يدعي عليهم القتل فاذا سقطت دعواه بايمانهم اخذت منهم الدية على وجه التحمل كما يوجد من العاقلة
واليمين لم يقع على نفس التحمل وينتقض هذا بالمتحالفين في البيع انا لا نقضي بيمين واحد منهما وانما نفسخ
البيع ولا يمنع ذلك من وجوب الاستحلاف ومنها ان الذين يحلفون بتخيير هم الولي لان الايمان حق له
فكان الخيار اليه ولان في اختياره فايدة وهو انه يختار من يتهمه بالقتل ويختار صالحي القبيلة الذين
لا يحلفون على الكذب فلهذا جعل الخيار اليه ومنها ان اهل المحلة اذا حلفوا لزمتهم الدية وقال
الشافعي لا يلزمهم شي لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اليهود اما ان يحلفوا او يودوا والا فاذنوا
بحرب من الله ورسوله فجمع عليهم الامرين ولان اهل المحلة تلزمهم الدية بالنصرة فلم تسقط
عنهم بايمانهم كالعاقلة فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في قصة حويصة ومحيصة
تبريكم اليهود بايمان خمسين منهم قيل له قد روينا في هذا الخبر زيادة وهو انه كتب الى اليهود اما
ان تحلفوا وتودوا فقوله يبريكم اليهود محمول على البراة من الدعوى في القتل وهذا لا يسقط الدية
الواجبة باختصاصهم بالبقعة فان قيل المدعى عليه اذا صحت يمينه بري وسقطت الدعوى
عليه على ذلك المعنى انقطعت الخصومة باليمين وكذلك نقول في مسئلتنا لان الدعوى على كل
مستحلف انه قاتل ويمينه تقطع الخصومة في هذه الدعوى وقد وجب عليه حق اخر لا لكونه قاتلا
لكن لزمه بالنصرة لهذه البقعة وتخصصه بها وهذا المعنى لا ينتفي بيمينه ولهذا لا يستحلف عليه
قال ولا يستحلف الولي وقد بينا ذلك قال ولا يقضى له بالجناية وان حلف وقال مالك
اذا حلف الولي وجب القصاص وهو قول الشافعي القديم لنا قوله عليه السلام البينة على
المدعي واليمين على من انكر ولان قول الواحد لا يثبت به قصاص اصله الشهادة فان قيل روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال للانصار تحلفون وتستحقون دم صاحبكم قيل له قد بينا هذا الخبر
انه خرج مخرج الانكار لا على وجه الامر والتخيير ويبين صحة ذلك ايضا ان عمر بن عبد العزيز
سال الناس عن القسامة وعنده اشراف الناس ووفوده فقالوا هي حق وقد اقادوا بها الخلفا
فقال ما تقول يا ابا قلابة فقال يا امير المؤمنين ارايت لو ان خمسين رجلا شهدوا على رجل
محصن بدمشق انه زنى ولم يروه اكنت ترجمه قال لا فقال ابو قلابة والله يا امير المؤمنين ما قتل
رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في احدى ثلاث خلال كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل
نفس بغير حق فلو كان ثبت ان المراد بالخبر استحقاق الدم لم يخف على ابي قلابة ان يعارضه بالقياس
قال وان لم تكمل اهل المحلة خمسين وذلك لما روي ان عمر لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة

الا ان يعلم ... لا يحلفون

واربعون رجلا فكرر اليمين علي رجل منهم حتي تم الخمسين ثم قضي بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك قال
ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون ولا امراة ولا عبد وذلك لان اليمين قول والصبي ليس له قول
صحيح وكذلك المجنون واما المراة والعبد فليسا من اهل النصرة والايمان انما تجب علي من ينصر
البقعة قال وان وجد ميت لا اثر به فلا قسامة فيه ولا دية وقال الشافعي ان كان هناك لوث
استحلف الولي فان امتنع استحلف اهل المحلة لنا انه اذا لم يكن له اثر فالظاهر انه مات حتف
انفه والميت لا يجب فيه قسامة ولا دية فان قيل القسامة تتبع الدعوي فاذا ادعي الولي ما يجوز
ان تكون سمعت دعواه ولزمت القسامة قيل له اذا لم يكن به اثر فالظاهر انه خلاف ما يدعيه
فلا نسلم ان الدعوي وقعت موجبة للقسامة قال وكذلك اذا كان الدم يسيل من انفه او من
دبره او من فمه لان ذلك يكون في الغالب من غير ضرب فيكون بالرعاف والقي وغير ذلك فلم يدل
الظاهر علي انه قتل قال وان خرج من عينه او اذنه فهو قتيل وذلك لان الغالب ان ذلك لا يكون
الا بضرب حادث والظاهر انه قتيل قال واذا وجد القتيل علي دابة يسوقها رجل فالدية علي
عاقلته دون اهل المحلة وذلك لان القتيل في يده فكانه اختص به من اهل المحلة كما لو وجد في داره
قال وان وجد في دار انسان فالقسامة عليه والدية علي عاقلته وذلك لان صاحب
الدار اخص بنصرة الدار من اهل المحلة فصار مع اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر
فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة والدية
الدية علي عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار علي عاقلته قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك وهذا
الذي ذكره قول محمد ايضا وقال ابو يوسف عليهم جميعا وجه قولهما ان الملاك اخص بنصرة
البقعة من السكان الا تري ان السكان قد ينتقلون والقسامة انما تجب علي من هو اخص بالنصرة
وجه قول ابي يوسف ان النبي صلي الله عليه وسلم اوجب القسامة علي اليهود وكانوا سكانا
بخيبر الجواب ان النبي صلي الله عليه وسلم اقر اليهود علي املاكهم وكان ما ياخذ منهم علي وجه
الخراج فلم يكن فيما ذكره دليل قال وهي علي اهل الخطة دون المشترين ولو بقي منهم واحد
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب علي الجميع وجه قولهما ان اهل الخطة اخص
بنصرة البقعة من المشترين والحكم يتعلق بالاخص فصار المشتري بمنزلة الاجنبي ولان العاقلة
في الاصل تتعلق باهل الخطة فما بقي منهم واحد لا ينتقل عنهم كموالي الاب مع موالي الام انه لا يلزم

موالي

موالي الام ما بقي واحد من موالي الاب وجه قول ابي يوسف ان اهل الخطة يلزمهم القسامة بالملك وهذا
المعني موجود في المشترين ولهذا يلزمهم بالاتفاق اذا لم يبق احد من اهل الخطة قال وان وجد قتيل في
سفينة فالقسامة علي من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم وهم اخص بها من غيرهم وهذا ظاهر
علي قول ابي يوسف حيث اوجب القسامة علي السكان والملاك والملاحين فاما علي قول ابي حنيفة ومحمد
فالفرق ان السفينة تنقل وتحول فاعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل قال
وان وجد في مسجد محلة قتيل فالقسامة علي اهلها وذلك لانهم اخص بالتصرف فيه وبنصرته من غيرهم
فكان وجود القتيل فيه كوجوده في محلتهم قال وان وجد في الجامع او الشارع الاعظم فلا
قسامة فيه والدية علي بيت المال لان هذه المواضع لا يختص بها طائفة من المسلمين بل تتعلق بها حق
جماعتهم فما وجب لاجلها يكون في بيت المال قال وان وجد في برية وليس بقربها عمارة فهو هدر
وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد عليها يد ولا هو اخص بها فلم يتعلق به حكم فاما اذا كان بقربها عمارة مصر
او قرية فعليهم القسامة والدية واعتبروا في القرب ان تكون بحيث يسمع فيه الصوت لان الصوت
اذا بلغ اليه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فيتعلق بها الحكم وان لم يبلغ الصوت
لم يلحق الغوث فلم يجب فيه شي قال وان وجد بين قريتين كان علي اقربهما والاصل في ذلك ما روي
ابو سعيد الخدري ان النبي صلي الله عليه وسلم اتي في قتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع بينهما وروي
ان عمر بن الخطاب لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين القريتين فوجد
القتيل الي وادعة اقرب فقضي عليهم بالقسامة وهذا محمول علي انه كان يبلغ الضرب الي الموضع
وان وجد في وسط الفرات يمر به الما فهو هدر وذلك لان هذه البقعة لا يثبت عليها اليد فلم يتعلق
به النصرة فلم يجب فيها شي قال فان كان محتبسا بالشاطي فهو علي اقرب القري من ذلك المكان
وهذا ايضا يريد به اذا كان يسمع الصوت من القري وذلك لان شط الفرات في يد من يقرب
منه الا تري انهم يستقون منه الما ويوردون بهايمهم واذا كان في ايديهم كانوا اخص به فلزمهم
القسامة والدية وقد قال ابو حنيفة في القتيل يوجد في السجن لا يعرف من قتله انه علي بيت
المال وقال ابو يوسف علي اهل السجن القسامة والدية وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان اهل
السجن لا نصرة لهم في الظاهر لانهم مقهورون والقسامة تجب لاجل النصرة ولم يوجد ذلك
ولان منفعة السجن المقصود بها جماعة المسلمين بدليل انه وضع لدفع الضرر واستيفا حقوقهم
فصار كالشارع الاعظم وجه قول ابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل منهم فكانت القسامة

وقد قال ابو يوسف في الرجل يجرح في القبيلة فيحمل الى اهله فيموت من تلك الجراحة فان كان
صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان ولا قسامة
وقال بن ابي ليلى لا ضمان ولا قسامة في الوجهين وهو قول ابي يوسف الاول لابي حنيفة ان الجرح
اذا ادى الى الموت فكان القتل حصل عقيبها بدلالة وجوب القصاص على الجارح فصار كان
كان القتل حصل في القبيلة والمحلة التي جرح فيها فتلزمهم القسامة والدية وجه قول
ابي يوسف ان الذي حصل في المحلة ما دون النفس وذلك لا يثبت به قسامة كمن قطعت يده
في محلة واذا لم يكن صاحب فراش فلا خلاف بينهم انه لا قسامة ولا دية لانه لا يعلم ان الموت
حصل من الجراحة فلا يلزم اهل المحلة بالشك وقد قالوا اذا كمل العدد فاراد الولي ان يكرر اليمين
على بعضهم فليس له ذلك لان اليمين في الاصول لا تتكرر على الواحد وانما فعلنا ذلك عند
نقصان العدد للضرورة فاذا كمل العدد عدنا الى الاصل وقالوا من ابى منهم اليمين حبس
حتى يحلف لان اليمين نفس الحق في القسامة بدليل انه يجمع بينها وبين الدية وايضا لما قال
الحارث بن الازمع لعمر رضي الله عنه انبذل ايماننا واموالنا انما تجزي هذه عن هذه قال
لا واذا ثبت انها نفس الحق وكل من امتنع من حق عليه وهو يقدر على ادايه حبس ولانه
هذا النكول في ساير الايمان لان اليمين هناك ليست نفس الحق الا ترى ان المدعا عليه
اذا لم يحلف وبذل المال لم يلزمه شي فلهذا لا يحبس **قال** واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة
بعينه لم تسقط القسامة عنهم وهذا الذي ذكره هو القياس وروى بن المبارك عن
ابي حنيفة ان القسامة تسقط وعن محمد مثله وجه القياس وهو رواية الاصل
انا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا يجب عليهم الضمان فاذا ادعى الولي
على واحد منهم بعينه فلم يزد على ما علمناه فلا تتغير حكم القسامة بذلك وجه الرواية
الاخرى ان دعواه على واحد ابرا الباقين فلم يجز استحلافهم مع ابرا الولي لهم **قال**
وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم القسامة وذلك لان هذا الحكم لا يلزم
اهل المحلة بظهور القتيل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد نفى
بدعواه القتل عن اهل المحلة فسقط عنهم حكم ذلك **قال** واذا قال المستحلف قتله
فلان استحلف بالله ما قتلت ولا اعرف له قاتلا غير فلان وذلك لانه يريد اسقاط
الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكر لانه لما اقر بالقتل على واحد صار

مستثنى من اليمين فيبقى حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة
على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهما وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد تقبل وجه قول ابي حنيفة ان شهادة اهل المحلة قبل الدعوى على غيرهم
لا تقبل لانهم صاروا خصوما فاذا ابراهم الولي كان منهما الجواز ان يكون يوصل بالبراءة
الى تصحيح شهادتهم وان خرجوا من الخصومة لكان التهمة وجه قولهما ان اهل المحلة لا يدفعون
عن انفسهم بهذه الشهادة مغرما ولا يحصلون بها مغنما فوجب ان تقبل شهادة غيرهم

كتاب الديات

قال رحمه الله الدية في شبه العمد
والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة وقد دللنا على ذلك فيما تقدم **قال** والعاقلة
اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان وقال الشافعي الدية على القبيلة ولا يلزم اهل
الديوان شي الا ان يكونوا من اهل النسب لنا ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على
القبايل فلما دون عمر رضي الله عنه الدواوين جعل الدية على اهل الديوان فلم ينكر ذلك احد فان
قيل يحتمل انه وضعها على اهل القبيلة من اهل الديوان قيل له لو كان كذلك لم يتغير الامر عما
كان عليه قبل الديوان والخبر يقتضي تغير الحكم فان قيل كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وزمن ابي بكر على القبيلة فكيف يجوز ان ينسخ هذا الحكم في زمن عمر قيل له لم يكن في ذلك
الزمان ديوان فكانت على القبايل وما فعله عمر ليس بنسخ اذ لو كان نسخا لانكر عليه المهاجرون
والانصار وانما لم ينكروه لانهم علموا انه حكم يتعلق بشرط وهو النصرة فلما حدثت نصرة في زمن عمر
لم يكن انتقل العقل اليها وهذا كما روي ان عمر ضاعف على بني تغلبة الصدقة ولم تكن في زمن
عمر لم تكن اصلا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم لان النسب الذي ضاعف لاجله لم يكن في ذلك
الزمان وكذلك وضع الخراج ولم يعد نسخا وكان النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع الا العشر
لما لم يكن النسب الذي وضع لاجله الخراج موجودا وهو اقرار اهل الارض المغنومة عليها
مع كفرهم ولان العقل يتحصل بالتناصر بدليل انه لا يجب على الصبي والمراة والنصرة بالديوان
احص بدليل ان يوم الجمل خرجت كل قبيلة الى قبيلتها واذا كانت اخص بالنصرة كذلك بالعقل ولا
يلزم الصنايع لانهم ان تناصروا بها تعاقلوا فان قيل معنى يتعلق بالتعصيب اذا لم يكن من اهل
الديوان فوجب ان يتعلق بالتعصيب اذا لم يكن من اهل الديوان فوجب ان يتعلق بالتعصيب
اذا كان من اهل الديوان اصله ولاية النكاح والميراث قيل له لا نسلم انه يتعلق بالتعصيب

بدليل ان الصبي والمجنون لهما تعصيب ولا يتحملان وانما يتعلق بالنصرة فاذا لم يكن ديوان
فالنصرة للاهل واذا كان ديوان فالنصرة فيه فكان العقل عليهم **قال** يوخذ من اعطياتهم
في ثلث سنين وذلك لما روي النخعي ان الدية كانت على القبايل فلما وضع عمر الدواوين جعلها
على اهل الديوان توخذ من اعطياتهم في ثلث سنين وكان ذلك بحضرة الصحابة فلم ينكره احد
قال فان خرجت العطيات في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها وذلك لانها وضعت
في عطياتهم لاجل التخفيف فوجب ان يعتبر وقت خروجها والعطية ما تعرض للمقاتلة في
سنة **قال** ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته تقسط عليهم في ثلث سنين وذلك
لما روينا انها كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على القبايل وانما نقلها عمر رضي
الله عنه الى الديوان على الاصل **قال** ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة درهم
ودانقين وينقص منها وقال الشافعي يوضع على الغني نصف دينار وعلى المتوسط الحال
ربع دينار لنا انها تجب على وجه التخفيف فلا يجوز ايجاب ما تخفف به ولان ما ذكره
يوجد في الزكاة بنفسه فلا تتقدر به ما يلزم احاد العاقلة اصله البعير والبقر فان قيل
ما لا يقطع فيه السارق فهو في حكم القليل الثانه فلا يتقدر به ما يلزم احاد العاقلة قيل
له هذا موضع الخلاف لان عندنا اقل ما يتحمل لا يتقدر الا كثره فلا يزاد على اربعة لاعتبار الحد
الا ترى انما يزيد على اربعة في حكم الكثير حين وجب في الزكوة بنفسه وقد قال اصحابنا ان من
مات من العاقلة لم يوخذ نصيبه من تركته وقال الشافعي يوخذ لنا ان التحمل انما هو
بالنصرة وقد تسقط النصرة بموته فيسقط ما يجب لاجله فان قيل دين استقر عليه حال
حياته فلا يسقط بموته كساير الديون قيل له لا نسلم انه استقر لان احد علمانا قال الاستقرار
عندنا ان لا يسقط الحق بالموت والمعنى في ساير الديون انها لا تجب على طريق التبرع فلم يوثر
فيها الموت والتحمل يجب على وجه التبرع فاثر الموت في سقوطه كنفقة ذوي الارحام **قال**
فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل اليهم وذلك لانهم اهل نصرته عند عدم
القبيلة فجاز ان يضم الى القبيلة عند قلتها **قال** ودخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما
يودي كاحدهم وقال الشافعي لا يلزم القاتل شي لنا ما روي ان سلمة بن نعيم قتل رجلا
يوم اليمامة يظنه كافرا وكان مسلما فقال له عمر بن الخطاب الدية عليك وعلى قومك
ولان التحمل يثبت لاجل التخفيف عنه فاذا صار كاحدهم فقد وجد التخفيف فان قيل

روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المقتول على عصبة القاتل قيل له قال اصحابنا ان القاتل
اذا لم يكن من اهل التحمل لا يدخل في العاقلة والمراة ليست من اهل التحمل فان قيل ما وجب تحمله
عن الغير يجب تحمله جميعه كالنفقة وصدقة الفطر قيل له التحمل هو ان يجب على الانسان شي يلزم
غيره والنفقة والفطر تجب على المخاطب ابتدا فلا نسلم التحمل فيها وقد قال اصحابنا ان القاتل اذا
لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض
بذلك ولهذا اذا مات كان ماله لبيت المال فيكون ما يلزمه من الدية ايضا في بيت المال وقد روي
عن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهها ان الاصل ان الدية تتعلق بمال القاتل
بدليل انه بدل متلف فلزم المتلف كساير المتلفات ولانها لو لم تلزم في الاصل لم يلزمه اذا اقر
بها وصار كانه اقر على غيره ووجوبها على العاقلة انما هو على وجه التخفيف فاذا لم تكن له عاقلة
عاد الى حكم الاصل **قال** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وقد دل على ذلك ايضا قوله عليه
السلام مولى القوم منهم **قال** ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته وقال الشافعي
لا تجب عليهم لنا انه ولا يتناصر به فجاز ان تتحمل به الدية كولاء العتاقة والمسالة مبنية على ان الموالاة
عقد صحيح وهو المنعقد على العقل والولاء واذا صح العقد ثبتت الاحكام المقصودة به فان
قيل ليس بينهما قرابة فلا تتحمل الدية كالاجنبي قيل له الاجنبي ان كان يتناصر به لم يتحمل والفرق
بينهما وجود النصرة في احدهما دون الاخر **قال** ولا تتحمل العاقلة اقل من نصف عشر الدية
وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا وما نقص من ذلك في مال الجاني وقال الشافعي في
احد قوليه العاقلة لا تتحمل ما دون النفس وفي قول اخر تتحمل القليل والكثير اما الدليل
على انها تتحمل ما دون النفس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بغرة الجنين على العاقلة يبين
ذلك ان حمل بن مالك لما قضى عليهم النبي صلى الله عليه وسلم بالغرة قال كيف ندي من لا
اكل ولا شرب ولان القصاص يجب في عمده وتتقدر الدية في خطاه فاشبه النفس والدليل على انها
لا تتحمل ما دون نصف العشر ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه بنفسه فصار
كضمان الاموال فان قيل من حمل كثير الارش حمل قليله اصله الجاني قيل له وجوب الضمان في
الجاني بجنايته هو مقتضى الاصول ووجوبها على غيره خارج عن الاصول فلا يقال اذا اطرد
ما وضع عليه الاصول يجب ان يطرد ما خرج عن الاصول واذا ثبت ان ما دون نصف العشر
لا تحمله العاقلة كان في مال الجاني لانه الاصل والوجوب عليه في جميع الاحوال الا ان يثبت

التخفيف عندنا التحمل انما لم يحمل يكون على الاصل وما تحمله العاقلة اذا لو كان ثلث الدية وما دونه
فانه يكون في سنة اعتبارا بما يلزم احاد العاقلة في السنة الاولى **قال** ولا تعقل العاقلة جناية
العبد لما روي عن عمر انه قال لا تعقل العاقلة في السنة الاولى عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
قال ولا تعقل الجناية التي اعترف بها الجاني الا ان يصدقوه وقد دللنا على ذلك فيما تقدم فاما
اذا صدقوه لزمهم لانا اسقطنا عنهم التحمل للتهمة فاذا صدقوه زالت التهمة فلزمهم **قال** ولا تعقل
ما لزم بالصلح وقد دللنا على ذلك فيما تقدم **قال** واذا جنى الحر على العبد جناية خطا كانت على
عاقلته وقال الشافعي في احد قوليه لا تتحمله لنا انه ضمان نفس ادمي بالقتل فجاز ان يتحمله
العاقلة كالحر فان قيل روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قيل له هذا موقوف على ابن عباس ولا يسند اليه من جهة صحيحة ولان
معناه لا تعقل العاقلة جناية العبد الا ترى انه قال ولا عمدا معناه جناية العمد كذلك قوله
ولا عبدا جناية العبد فان قيل ما يضمن بالقيمة لا تتحمله العاقلة كالاموال قيل له الاموال
يستوي في ضمانها العمد والخطا فلم تتحملها العاقلة والجناية على العبد بخلاف ذلك وقد قال
اصحابنا ان ما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة وقال الشافعي في احد قوليه تتحمله
لنا انه متلف لا يجوز القصاص على الحرية مع امكان المماثلة فلم تتحمله العاقلة كطرف البهيمة
فان قيل من تحملة العاقلة بدل نفسه حملت بدل ما دونها كالحر قيل له الحر ما دون النفس منه
يجوز ان يجب القصاص على الحر بقطعه وفي العبد بخلافه

كتاب الحدود

الحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه قيل للبواب حداد لاجل المنع الذي يكون منه وسمي اللفظ
الذي يفيد المعنى ويجمعه حدا لانه يمنع من دخول غيره فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة
مقدرة وتستوفى لحق الله تعالى ولما كانت هذه العقوبة موضوعة للمنع عن الفعل المنهي عنه
سميت حدا ولم يسم القصاص حدا لانه يستوفى لحق الادمي ولم يسم التعزير حدا لانه لم يقدر
قال رحمه الله الزنا يثبت بالبينة والاقرار والاصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقبل النبي صلى الله عليه وسلم اقرار
ماعز بالزنا وكذلك قبل اقرار الغامدية ولا خلاف في ثبوت الزنا بالبينة والاقرار **قال**
والبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا فيسالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنا ومتى زنا فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال

الحاكم

الحاكم عنه فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم وهذه الجملة تشتمل على فصول منها ان الزنا لا يثبت
باقل من شهادة اربعة لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وقال
النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية لما قذف امراته ايتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك
ومنها ان الامام يسالهم عن صفة الزنا وذلك لان ما دون الزنا يسمى زنا قال النبي صلى
الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ثم يحقق ذلك الفرج فلا يؤمن
ان يسمي الشهود مقدمات الزنا زنا فيسالهم عن صفته لنا من ذلك ولا يقيم الحد بالشك ثم
يسالهم متى زنى لجواز ان يكون زنا في وقت متقدم والشهادة بحد متقدم لا يقبل على ما نبينه
ويسالهم اين زنا لجواز ان يكون زنا في دار الحرب والمسلم متى زنا في دار الحرب ثم خرج الينا
لم نقم عليه الحد لان الامام لم يكن له عليه يد عند وجوب الحد فصار ذلك شبهة في سقوطه
ويسالهم عن من زنى لانهم ان لم يعرفوا المزني بها جاز ان تكون امراته او جاريته فاذا قالوا لا
نعرفها صار شبهة في سقوط الحد فاذا بينوا جميع ذلك سال عن عدالتهم في السر والعلانية
لان الشهادة على الزنا يعتبر فيها من الاستظهار ما لا يعتبر في غيرها بدليل انه يعتبر فيها زيادة
العدد فلذلك استظهروا في السوال عن عدالتهم وقد قال اصحابنا اذا شهد ثلثة بالزنا ولم
يشهد الرابع حدوا حد القذف وهو احد قولي الشافعي وقال في قول اخر لا حد عليهم لنا ما روي
ان ابا بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحرث شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه
ثم اقام الرابع وهو زياد بن امية فقال رايت اقداما بادية وانفاسا عالية وامرا منكرا ولا
اعلم ما وراء ذلك فقال عمر الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحد الثلاثة وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وروي ان ثلثة شهدوا عند علي رضي الله
عنه بالزنا وقال الرابع رايتهما في ثوب واحد فان كان ذلك زنا فهو ذاك فجلد علي الثلاثة
وعزر الرجل والمراة ولان حد القذف وضع صيانة للاعراض فلو لم تحد الشهود بما نقصوا عن
عن اربعة لكان كل من اراد ان يقذف رجلا اتى به عند الحاكم بلفظ الشهادة وهذا فاسد فان
قيل العدد شرط في هذه الشهادة فنقصانه لا يوجب الحد على الشاهد اصله العدالة قيل له الفاسق
لا ترد شهادته لمعنى مقطوع به بل لامر مظنون وفي مسالتنا ردت الشهادة لفقد شرط مقطوع
به فجاز ان يجب عليهم الحد وقد قالوا لو جاء اربعة متفرقين يشهدون بالزنا لم تقبل شهادتهم

وكانوا قذفة يحد كل واحد منهم حد القذف قال محمد في رواية بن رستم يحدون ولو كانوا مثل
ربيعة ومضر وقال الشافعي تقبل شهادتهم لنا ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو اعتد بشهادة
من شهد في مجلس اخر لم يحد احدهم وليسال هل معهم من يشهد فكان زنا فلما لم يفعل دل ان الشهادة
في مجلس اخر لا يعتد بها ولان الزنا اختص من بين نوعه بشهادة فوجب ان يكون اجتماع الشهود
في مجلس واحد معتبرا كالنكاح فان قيل كل بينة يجوز قبولها في مجلس واحد يجوز قبولها اذا افترقت
في مجلس كسائر الشهادات قيل له سائر الشهادات لا يلزم الشاهد بشهادته حق فاستوى
فيها التفريق والاجتماع وفي مسئلتنا يجب على الشاهد حكم بشهادته اذا نقص العدد فاذا لزمه
ذلك الحكم خرج من ان يكون شاهدا فلم تقبل شهادته مع الباقين واما اذا حضر الشهود في مجلس
واحد وجلسوا مجلس الشاهد وقام الى القاضي واحد بعد واحد فشهدوا قبلت شهادتهم لانه
لا يمكن اداء الشهادة دفعة واحدة لان القاضي لا يفهم عن جماعتهم فاذا كان كذلك لم يوجد في
الشهادة ما يوجب كون الشاهد قاذفا فلم يمنع قبول شهادته **قال** والاقرار ان يقر البالغ
العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي اما
اعتبار البلوغ والعقل فلان الصبي والمجنون ليس لهما قول صحيح واما اعتبار الاقرار اربع
مرات فهو قول اصحابنا وقال الشافعي يثبت باقراره مرة واحدة لنا ما روي ان ماعزا
كان يتيما في حجر ابي هريرة فاصاب بجارية من الحي فقال له ابو هريرة ان انت اتيت النبي صلى
الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني
زنيت فاقم علي حد الله فاعرض عنه ثم عاد فاقر فاعرض عنه ثم عاد فاقر فاعرض عنه ثم عاد فاقر
فقال النبي صلى الله عليه وسلم الان اقررت اربعا فبمن زنيت ولو كان الحد يجب باقراره مرة
واحدة لم يجز تاخيره بين ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما ينبغي لولي حد اتي في حد
من حدود الله تعالى الا اقامه وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز اقررت ثلاث مرات
ان اقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل على ان تعلق الحد باقراره اربع
مرات امر اشتهر عندهم ولانه سبب يثبت به حد الزنا فاعتبر فيه العدد كالشهادة فان
قيل روي في قصة العسيف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اغد يا انيس على امراة هذا
فان اعترفت فارجمها قيل له النبي صلى الله عليه وسلم لم تفوض اقامة الحد الا الى من يعرف
الاحكام وقد كان استقر في الشريعة اعتبار العدد في الاقرار فوكله الى علمه ولهذا لم

نبين

نبين له التصريح بالاقرار ولم نبين له تلقينها الرجوع واسقاط الحد عنها اذا رجعت بعد الاقرار وان
كان ذلك واجبا فان قيل كل حكم تعلق بالاقرار بالزنا يعتبر اقراره مرة واحدة اصله سقوط الحد
عن القاذف قيل له ما يوثر في اسقاط الحد يخالف ما يوجبه ويثبت به لان ما يسقط الحد اقوى
في الثبوت فيما يثبته الا ترى ان الحد يسقط بالرجوع الذي ليس بصريح ولا يثبت الا بصريح الاقرار
ولهذا لما هرب ماعز قال صلى الله عليه وسلم هلا خليتم سبيله فجعل مجرد الفعل رجوعا وايضا
فلو رجع الزوج عن القذف مرة واحدة سقط اللعان ولا يثبت الحد الا بتكرار اللعان اربع مرات
واما اعتبار تكرار الاقرار في مجالس مختلفة خلاف ما قاله ابن ابي ليلى فلان ماعزا لما اقر عند
النبي صلى الله عليه وسلم اعرض عنه فخرج من المسجد ثم عاد فاقر حتى اقر اربع مرات فخرج
في كل مرة ولان الاقرار اذا تكرر في مجلس واحد فهو بمنزلة اقرار واحد بدليل من اقر لرجل
بالف درهم في مجلس ثم اقر له في ذلك المجلس بالف انه يجعل احدهما هو الاخر فاعتبر المجالس
المختلفة لذلك **قال** كلما اقر رده القاضي وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
رد ماعزا في كل اقرار كذلك روي في قصة الغامدية انه ردها بعد الاقرار **قال** فاذا تم اقراره
اربع مرات يسال عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا فاذا بين ذلك لزمه الحد اما سواله
عن الزنا فلان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك لمست لعلك قبلت لعلك باشرت فلما
ذكر ماعز النون والكاف قبل اقراره ولان الانسان قد يظن ان الوطء اذا كان محرما زنا
فيجب سوال المقر عن ذلك احتياطا واما سواله عن مكان الزنا فلجواز ان يكون زنا في مكان
لا يجب عليه الحد فيه مثل دار الحرب واما سواله عن المزني بها فلان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لماعز الان اقررت اربعا فبمن زنيت ولانه يجوز ان يكون وطء من لا يجب الحد بوطيه كجارية
الابن والجارية المشتركة فيسال ليتحقق ما يجب به الحد **قال** فان كان الزاني محصنا رجمه بالحجارة
حتى يموت والاصل في ذلك ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعز بن مالك ورجم
الغامدية وروي زيد بن عامر الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم جاءه رجل فقال له ان ابني
كان عسيفا على هذا وانه زنا بامراته فافديته بماية شاة فاستفتيت قوما من اهل العلم
فقالوا على ابني الحد فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الماية شاة فترد عليك واما ابنك
فعليه جلد ماية واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها فاوجب عليها الرجم لما كانت
محصنة ولا خلاف في ذلك بين الامة الا ما روي عن الخوارج ان الحد كله الجلد ولا رجم وانما

قالوا ذلك لانهم يقبلون اخبار الاحاد **قال** يحفر له الى ارض نصفه وذلك لما روي في حديث ابي
سعيد قال لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما
او ثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرجمناه **قال** يبتدي الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس
فان امتنع الشهود من الابتدا اسقط الحد وقال الشافعي ليس بداية الشهود بشرط لنا ما روي
بن عباس ان عليا رضي الله عنه لما رجم شراحة الهمدانية قام فخطب فحمد الله واثنى عليه ثم
قال ايها الناس انما الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم السر ان يشهد عليه الشهود
فيبتدي الشهود فيرجمون ثم الامام ثم الناس ورجم العلانية ان يشهد على المراة ما في بطنها
فيبدا الامام فيرجم ثم ترجم الناس الا واني راجم فلا ترجموا فتقدم فرماها بحجر فما اخطا اصل
اذنها وكان من اصوت الناس رمية وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف وهو ايضا مخالف القياس
فيحمل على التوقيف ولان في بدايه الشهود ضربا من الاحتياط الا ترى انهم ان كانوا كذبوا في الشهادة
استعظموا النفس فرجعوا والرجم يعتبر فيه الاحتياط فان قيل حد يجب استيفاوه فلا يجب على
الشهود والامام البداية كالجلد قيل له قد اعتبر في الرجم من الاستظهار ما لا يعتبر في ساير الحدود
بدلالة توقفه على شهادة اربعة فكذلك يجوز ان يقف على بدايه الشهود ولان الجلد وساير
الحدود يقف ايضا على مستوف مخصوص وهو اختيار الامام لمن يحسن اقامتها فكذلك في مسلنا
يجوز ان يقف على مستوف مخصوص وما ذاك الا الشهود لما ذكرناه **قال** فان امتنع الشهود
من الابتدا اسقط الحد وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يسقط لكن يرجم الامام
ثم الناس وجه قولهما ان بداية الشهود شرط فان امتنعوا او امتنع بعضهم من غير عذر صار ذلك
شبهة لجواز ان يكونوا عرفوا ان الحد غير مستحق فلم يجز اقامته الحد مع الشبهة وجه قول ابي يوسف
انه حد فلا يشترط فيه مباشرة الشهود كالجلد والجواب ان الجلد لا يحسنه كل احد فلو وقف على
فعل الشهود لسقط والرجم يحسنه كل احد فلم يكن في تعليقه بالشهود ابطاله وقد قال ابو
حنيفة ايضا ان غاب الشهود سقط الرجم لجواز ان لو كانوا حضروا رجعوا عن الشهادة فصار ذلك
شبهة وعلى هذا ايضا اذا عمي الشهود او حدوا او صاروا على حالة لا تقبل شهادتهم سقط الحد
لان الطاري على الحدود قبل الاستيفا بمنزلة الموجود في الابتدا بدلالة رجوع الشهود فصار
كانهم شهدوا على هذه الصفة فلا يثبت في شهادتهم **قال** وان كان مقرا ابتدا الامام ثم الناس
لما ذكرنا في خبر علي عليه السلام **قال** ويغسل ويكفن ويصلى عليه وذلك لما روي عن النبي صلى

الله

الله صلى الله عليه وسلم انه قال في المرجوم لقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ولقد رايته ينغمس
في انهار الجنة ولان اقامة الحد لا تخرجه من الاسلام فصار كسائر المسلمين **قال** وان لم يكن محصنا
وكان حرا فحده مائة جلدة وذلك لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وهو
تام **قال** يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا وذلك لان الثمرة اذا ضرب بها
كان كل ضربة ضربتين ولا يجوز الزيادة في هذا الحد وانما اعتبر الضرب المتوسط ولان النبي صلى
الله عليه وسلم امر الجلاد ان لا يبين ابطه ولان الضرب المبرح ربما ادى الى التلف وذلك غير
مستحق عليه والضرب الضعيف لا يوثر ولا يقع به المقصود فلذلك اعتبر الوسط **قال** تنزع عنه
ثيابه وذلك لان المقصود وصول الالم اليه وذلك ابلغ في وصول الالم وقد قالوا ايضا يجرد
في التعزير لما ذكرناه وقد قالوا ان اشد الضرب يكون في التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم
حد القذف اما التعزير فلان المقصود منه الزجر فاذا لم يكن الزيادة في عدده وجب الزيادة
في صفته ثم بعد ذلك حد الزنا لقوله تعالى ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله فاما حد الشرب
فانه يجرد في الرواية المشهورة لانه يتعلق بسبب متيقن فصار كحد الزنا وقد روي عن محمد
انه لا يجرد لان حد الشرب كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالجريد والنعال وانما نقل
في زمن عمر رضي الله عنه الى الجلد ولهذا روي عن علي رضي الله عنه انه قال ما من رجل اقمت
عليه حدا من حدود الله تعالى فمات فاحببت ان اديه الا شارب الخمر فانه شي فعلناه براينا
فدل ذلك على تخفيف حكمه فلم يجرد فيه وقد قالوا في حد القذف لا ينزع عنه غير الحشو والفرو
لذلك روي عن الشعبي ولان المقصود وصول الالم اليه ليقع الزجر به وذلك يمنع وصول
الالم فامر بنزعه **قال** ويفرق الضرب على اعضايه الا راسه وفرجه ووجهه وذلك لانه اذا
جمع الضرب في مكان واحد لم يومن ان يودي الى التلف وذلك غير واجب يبين ذلك ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر بالسارق لما قطع ان يحسم تلفه حتى لا يودي الى التلف الذي ليس بمستحق كذلك هذا
فعلى هذا يجب ان يتقي المواضع التي لا يومن منها ما لم تستحق فالراس مقتل والفرج مقتل والصدر
والبطن مقتل والوجه وان لم يكن مقتلا ففيه البصر والشم لا يومن تلف بعضها وقد روي ان عمر رضي
الله عنه قال للجلاد اتق الراس والوجه **قال** وان كان عبدا جلده خمسين كذلك وذلك لقوله تعالى
فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم
لا يتبعض واذا ثبت ان حد الامة يكون على النصف من حد الحرة فكذلك حد العبد لان حكمها واحد

والموثر في حد الامة هو الرق وذلك موجود في العبد **قال** فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد
عليه او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وذلك لما روي ان ماعز الما مسه حر الحجارة هرب
فذكر ذلك للنبي صلي الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله فجعل النبي صلي الله عليه وسلم
هربه دليلا علي الرجوع واسقط به الحد فلان يسقط بصريح الرجوع اولي ولان النبي صلي الله
عليه وسلم لقن المقر الرجوع فقال له لعلك قبلت لعلك لمست وقال للسارق ما اخاله سرق
فلولا ان رجوعه مقبول لم يكن لتلقينه للرجوع معني وقد قال اصحابنا اذا شهدوا عليه اربعة
بالزنا فاقر مرة واحدة سقط الحد عنه وقال الشافعي لا يسقط لنا ان الشهادة لا تتعلق بها حكم
في حق المقر وانما تقبل مع الجحود فاذا اقر سقط حكمها وبقي اقراره مرة واحدة وقد دللنا علي ان الحد
لا يثبت باقراره مرة واحدة فان قيل كل بينة لو قابلها الجحود حكم بها اذا قابلها الاقرار حكم بها كسائر
البينات قيل له سائر الحقوق اذا قابلها البينة فيها النصف بقاضيا سقطت وقضي بالاقرار
قال ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع بقوله لعلك لمست او قبلت وذلك لما روي
ان النبي عليه السلام طرد ماعز بن مالك حين اقر وقال له لعلك لمست او قبلت وقال
للسارق ما اخاله سرق **قال** والرجل والمراة في ذلك سوا لقوله تعالي الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة وروي عبادة بن الصامت ان النبي صلي الله عليه وسلم قال لما نزل
قوله تعالي او يجعل الله لهن سبيلا قال خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والثيب
بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة **قال** غير ان المراة لا ينزع عنها من ثيابها الا الفرو والحشو
وذلك لان بدنها عورة فصار ذلك كعورة الرجل التي لا يجوز كشفها **قال** وان حفر لها في الرجم
جاز وذلك لما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم حفر لليهودية وقد روي انه حفر للغامدية
حفرة الي سدوتها واخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال ارموها واتقوا الوجه فلما
طفت اخرجها وصلي عليها وقال لقد تابت توبة لو قسمت علي اهل الحجاز لوسعتهم ولانه
اذا حفر لها فهو استر لها فكان اولي وان ترك الحفر جاز لانها مستورة بثيابها **قال**
ولا يقيم المولي الحد علي امته وعبده الا باذن الامام وقال الشافعي يقيم المولي الحد علي عبده
وامته اذا كان جلدا واختلف الصحابة في القطع في السرقة والقصاص والقتل والردة
فمنهم من قال لا يملك ذلك قالوا والمذهب انه يملكه لنا ان ما جاز للامام ان يستوفيه بولاية
الامامة لا يملك غيره ان يستوفيه الا بتولية اصله حد الاحرار والخراج والجزية ولا

ولاية خاصة فلا يملك بها اقامة الحد كولاية الاب والوصي فان قيل روي عن النبي صلي الله عليه وسلم
انه قال اذا زنت امة احدكم فليجلدها فاذا زنت فليبعها ولو بضفير قيل له ظاهر الامر وذلك
يقتضي الوجوب والمولي لا يجب عليه اقامة الحد عندهم وانما يجوز له فليس لهم صرف اللفظ عن
ظاهره في الوجوب الا ولنا تخصيصه وحمله علي الولاية او رفعها الي من يقيم الحد عليها واضاف
ذلك الي المولي كما يقال بني دارا بمعني امر ببنيانها فان قيل علك تزويجها مع اختلاف الدين فوجب
ان يملك اقامة الحد عليها كالامام قيل له الامام لا يملك التزويج الا في الصغار والصغار لا يجب
عليهم الحد ولان النكاح له ولاية خاصة فلا يستدل بها علي اقامة الحد كما ان للاب ولاية خاصة
علي ولده ولا يستدل بها علي اقامة الحد **قال** واذا رجع احد الشهود بعد الحكم قبل اقامة الرجم
ضربوا الحد وسقط الرجم وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحد الراجع خاصة وقال الشافعي في احد قوليه لا يحد الراجع ايضا اما وجوب الحد علي الراجع
فلا شبهة فيه لانه اعترف بالقذف والكذب فيما قذف به فلزمه الحد باعترافه واما وجوب
الحد علي الثلاثة فوجه قولهما ان الطاري علي الشهادة في الحدود قبل الاستيفا كالموجود في
الابتدا بدلالة ردة الشهود ولو رجع احدهم قبل الحكم بشهادتهم وجب الحد علي جماعتهم كذلك
اذا رجع بعد الحكم بها وقد دللنا علي ذلك مع الشافعي انه لو شهد ثلثة ابتدا حدوا كذلك اذا رجع
احدهم وبقي ثلثة فكانهم شهدوا ابتدا وجه قول محمد ان الشهادة قد صحت بحكم الحاكم فلم يصدق
الراجع علي ابطالها كما لو رجع بعد الاستيفا ولا يشبه هذا رجوعه قبل الحكم لان صحة الشهادة
موقوف علي الحكم بها فلم يكن في رجوعه قبل الحكم ابطال الشهادة بعد صحتها ولا خلاف بين اصحابنا
ان رجوع احدهم قبل الحكم بالشهادة يوجب الحد علي جماعتهم الا زفر فانه قال يحد الراجع خاصة
وجه قول اصحابنا ان الطاري علي الشهادة قبل الحكم بها كالموجود في الابتدا بدليل عمي الشهود
وردتهم ولو شهد في الابتدا اقل من اربعة حدوا كذلك اذا صاروا ثلثة قبل الحكم وجه قول
زفر ان عدد الشهود لما تم عندنا لا دا صحت شهادتهم فالراجع يصدق علي نفسه في ايجاب الحد
دون غيره **قال** وان رجع احدهم بعد الرجم حد الراجع وحده وضمن ربع الدية وقال
زفر لا حد علي الراجع وجه قولهما ان الراجع صار قاذفا في الحال بالشهادة بدليل انا لو جعلنا
قاذفا من وقت الشهادة اوجبنا الحد علي بقية الشهود الا تري انه لو شهد ثلثة مع القاذف
وجب الحد عليهم بالاتفاق فدل علي انا جعلناه قاذفا في الحال بالقول السابق ومن قذف

مثبتا لزمه الحد فان قيل لو جعلناه قاذفا في الحال لم يجب عليه الحد لانه قذف من حكم الحاكم بزنايه فصار
كما لو قذفه غير الشاهد قيل له غير الشاهد اذا قذفه لا يوثر قذفه في الشهادة فبقيت بحالها فسقط
عنه الحد لقذفه من حكم بزنايه وليس كذلك لان في زعمه انه كاذب في الشهادة وان المشهود عليه
علي احصانه فقبل قوله علي نفسه وجه قول زفر ان الشاهد برجوعه معترف باحصان المقذوف
فلا يجوز ان يجعل وصفه لها لصفة قاذفا فلم يبق الا ان يكون قاذفا بالشهادة ومن قذف حيا ثم
مات سقط الحد عنه بناء علي اصله ان الحد لا يورث واما لزومه ربع الدية فالاصل فيه ان المعتبر
من بقي علي الشهادة وقد بقي علي الشهادة من ثبت بشهادته ثلاثة ارباع الحق والربع متلف
بشهادة الراجع فلزمه ربع الدية وكذلك لو كان الشهود خمسة فرجع واحد بعد الاستيفا فلا
شي عليه لما كان ما شهد به مستحق بشهادة غيره فلم يوثر رجوعه وقد قالوا لو كان الشهود
ستة فرجع ثلثة منهم ضمنوا ربع الدية ومن قال الشافعي في احد قوليه نصف الدية وهذا لا
يصح لما بينا ان المعتبر في الضمان عند رجوع بعض الشهود بمن بقي علي الشهادة الا ترى انه لو رجع
في مسئلتنا اثنان لم يضمنا لما بقي علي الشهادة من يثبت الزنا بشهادته وقد بقي في مسئلتنا من
يثبت الزنا بشهادته ثلاثة ارباع الحق والربع متلف بشهادة الراجعين فلزمه ذلك دون
غيره فان قيل لو رجعوا جميعا كان الضمان عليهم اسداسا فاذا رجع احدهم لزمه من الاسداس
عند الانفراد ما كان يلزمه عند الاجتماع علي الرجوع اصله اذا شهد اربعة فرجع احدهم
قيل له اذا رجع احدهم فقد تساووا في الاتلاف فتساووا جميعهم في الضمان فاما اذا رجع احد
الاربعة فلزمه الربع اعتبارا بما يلزمه حال الانفراد وانما لزمه لانه بقي علي الحق من يثبت
بشهادته ثلثة ارباع الحق فضمن الراجع ما بقي فكذلك في مسئلتنا قال وان نقص عدد
الشهود عن اربعة حدوا وقد بينا ذلك قال واحصان الرجم ان يكون بالغا عاقلا حرا
مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما علي صفة الاحصان اما اعتبار الحرية
فلان الاحصان اسم للحرية بدليل قوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما علي
المحصنات من العذاب يعني فعليهن نصف ما علي الحراير واما اعتبار البلوغ والعقل
فلقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق ولان الرجم
عقوبة وليس الصبي والمجنون من اهل العقوبة واما الاسلام فهو شرط في الاحصان
عند اصحابنا وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة

ما روي

قال

ما روي بن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن ولان الاحصان
الرجم اكثر شرايط من احصان القذف والاسلام شرط في احصان القذف فما اعتبر في اضعف
الاحصانين فاعتباره في اقواهما اقوي (اولى) اذا كان يمكن اعتباره ولا تلزم العفة لانه لا يتصور
وجودها في الزنا فلا يصح شرطها في رجمه وجه قول ابي يوسف ما روي بن عمر ان النبي صلي الله
عليه وسلم رجم اليهوديتين والجواب انه رجمهما قبل كون الاحصان شرطا بدليل انه عليه السلام
لم يسال عن احصانهما ولان بن عمر قال من اشرك بالله فليس بمحصن فدل علي انه عرف تغير
هذا الحكم فان قيل الرجم عقوبة والكافر داخل في العقوبات من المسلم قيل له لا يمتنع ان يختلفا
كما اختلفا في حد الشرب واما اعتبار التزويج فلان الاحصان يعبر به عن النكاح بدليل قوله
تعالي والمحصنات من النسا والمراد به ذوات الازواج واذا كان الاسم يتناوله وجب
اعتباره واما اعتبار النكاح الصحيح فلان الفاسد لا يبيح الوطء واما اعتبار الدخول بها فلقوله
عليه السلام الثيب بالثيب الجلد والرجم والثيب عبارة عن الواطي وعن الموطوءة واما
اعتبار الدخول بها وهما علي صفة الاحصان فلان كل وطء لا يوجب الاحصان لاحد
الواطيين لا يوجبه للاخر اصله وطء المملوكين هذا هو المشهور من المذهب وقد روي عن
ابي يوسف انه لا يعتبر الدخول وهما علي صفة الاحصان ووجه ذلك ان الحر المسلم اذا
وطي الامة او الكافرة فقد كملت شرايط الاحصان فيه فعدمها في الموطوءة لا يمنع من وجوب
الحد علي الواطي قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم قال اهل الظاهر يجلد المحصن
ثم يرجم لنا ما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ولان الجلد حد
مفسد فلا ينضم الي الرجم كالقطع فان قيل روي في حديث عبادة ان النبي صلي الله عليه وسلم
قال البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام والثيب بالثيب الجلد والرجم قيل له معناه الجلد
تارة والرجم اخرى يبين ذلك ان الثيب علي ضربين ثيب محصن وثيب غير محصن فبين النبي
عليه السلام حد الثيب في الحالين وكذلك ان النبي صلي الله عليه وسلم قال في قصة العسيف
واغد يا انيس علي امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يذكر جلدها قال ولا يجمع في
البكر بين الجلد والنفي الا ان يرى ذلك مصلحة فيغربه علي قدر ما يرى علي وجه التعزير
وقال الشافعي يغربه سنة علي وجه الحد ويستوي في ذلك الرجل والمراة وفي ذلك قولان
لنا قوله تعالي الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما ماية جلدة ظاهر الاية هذا جميع الحكم

لمن قال انه بعض الحكم فقد خالف الظاهر ولان ما ثبت بنفسه حدا في قاطع الطريق
لا ينضم الى الجلد في الزنا على طريق الحد كالقطع فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام قيل له هذا الخبر متقدم على الاية فنزلت الاية ناسخة له
يبين ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كانت الاية نزلت لقال خذوا
عن القران وكل شي روي عن الصحابة انهم غربوا فقد محمول على انهم فعلوه على وجه التعزير
كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نفي هيت المخنث ونفي عمر بن الخطاب نصر بن الحجاج لان
امراة فتنت بذكره لما راى في ذلك من المصلحة وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال
كفى بالنفي فتنة **قال** واذا زنى المريض وحده الرجم رجم وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرا
وذلك لان من حده الرجم لا معنى لتخصيص الاحوال في حقه لما كان المقصود اتلافه فاما من حده
الجلد فلو ضربناه حال المرض لم يامن ان يودي ضربه الى التلف وذلك **قال** واذا زنت الحامل لم تحد
حتى تضع حملها وذلك لما روي ان الغامدية لما اقرت بالزنا وهي حامل قال لها النبي صلى الله عليه
وسلم اذهبي حتى تضعي وروي ان عمر بن الخطاب هم برجم حامل فقال له علي رضي الله عنه
ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ولدها **قال** فان كان حدها الجلد فحتى تعالى من نفاسها
لان النفاس مرض وقد بينا ان المريض لا يجلد حتى يبرا **قال** واذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يقطعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وقال
الشافعي تقبل شهادتهم وعلى هذا الخلاف حد الشرب دليلنا ما روي عن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه قال ايما شهود شهدوا بحد متقادم لم يشهدوا عند حضرته فهم شهود
ضغن لا تقبل شهادتهم ولا مخالف له ولانه لا يعلم من طريق القياس فيحمل على انه قاله توقيفا
ولان هذا الشاهد مخير بين الستر على المشهود عليه وبين اقامة الشهادة بل هو مندوب
الى الستر فاذا امسك عن اقامته وهو الخصم فالظاهر انه اختار الستر الذي هو الاولى
عنده فاذا شهد بعد ذلك فالظاهر انه لم يترك المندوب والاولى الا لامر حمله على ذلك فاتهم
في شهادته فصار شبهة فيها فلم تقبل ولم يلزم على هذا حد القذف لان الشاهد ليس بخصم
فيه وانما يشهد عند مطالبة المقذوف والتاخير انما هو لترك المطالبة ولا يلزم اذا اخروا
الشهادة لعذر مرض او لبعد المسافة لان الظاهر انهم توقفوا للعذر على اقامة الشهادة ولا
يتمكن الشبهة هذا اذا اقر بحد متقدم لان المقر غير متهم على نفسه فلم يوثر التاخير تهمة والشهود

يوثر فيها التهمة وفي التاخير تهمة من الوجه الذي بيناه فان قيل كل شهادة قبلت مع تقارب
الزمان قبلت مع تباعده اصلها الشهادة بالقصاص قيل له الشهادة بالقصاص الحكم فيها المدعي
فلا يجوز ان يشهد واقبل دعواه فلم تلحقهم تهمة بالتاخير وفي مسالتنا الشهود هم الخصم فيه
الا ترى انه لا يقف على مدعي واذا اخروا من غير عذر صارت شبهة وقد قال ابو حنيفة
لا يوقت التقادم وروي عنه للحسن سنة وابو يوسف ومحمد شهر وجه الرواية الاولى
عن ابي حنيفة ان التقادم يختلف باختلاف الاحوال والاعذار فوقف على الاجتهاد فيما يعد
ذلك تفريطا والرواية الاخرى لانا في هذا الا انه جعل السنة تقادما وهذا لا ينفي ان يكون
ما دونها كذلك هذا وجه قولهما ان الشهر في حكم الكثير بدليل انه جعل في العادة اجلا للديون
فجاز ان يقدر به التفريط في التاخير **قال** ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج عزر وذلك لانه
اتى منكرا ليس فيه حد فلزم فيه التعزير وانما قلنا انه لا حد فيه لانه ليس بزنا بدليل ان النبي
صلى الله عليه وسلم لما اقر ماعز عنده بالزنا استفسره عن صفة الزنا حتى قال كالميل في
المكحلة وكالرشا في البير فدل ان الزنا ما كان في الفرج وما ليس بزنا لا يجب فيه الحد **قال**
ولا حد على من وطي جارية ولده او ولد ولده وان قال علمت انها حرام اما جارية ولده فلانها
في حكم ملكه فصارت كجاريته فلا يحد وان علم تحريمها وكذلك جارية ولد ولده لان بينهما ولاد
فصارت كجارية الولد وعلى هذا كل موضع كانت الشبهة فيه مسقطة للحد في الموطوءة ولا فرق
بين ان يعلم بالتحريم او لا يعلم لوجود الشبهة في الحالين فمن ذلك الجارية المبيعة اذا وطيها البايع
قبل البيع والقبض والجارية المتزوج عليها اذا وطيها الزوج قبل القبض والمطلقة طلاقا باينا في
العدة والجارية بين شريكين ولما اذا كانت الشبهة في الفعل فقال ظننت انها تحل لي لم يحد
وان قال علمت انها حرام فانه يحد لان الشبهة غير موجودة مع علمه بالتحريم **قال** واذا
وطي جارية ابيه او امه او زوجته او وطي العبد جارية مولاه وقال علمت انها حرام حد وان
قال ظننت انها تحل لي لم يحد وذلك لان الشبهة في هذه المسايل في الفعل وهو ان الابن ينبسط
في مال ابيه ويأكل من طعامه فيجوز ان يشتبه عليه الوطي وكذلك ينبسط في مال امه وكذلك
الزوج ينبسط في مال زوجته ويستخدم امتها وينتفع بمتاعها فيجوز ان يشتبه عليه الوطي
لذلك وكذلك العبد ينبسط في مال مولاه بالاكل والاستعمال فيجوز ان يشتبه بالوطي فمن ادعى
شبهة واستند دعواه الى الظاهر قبلت دعواه واذا قال علمت انها حرام فلا شبهة له في

الفعل ولا في الموطوة فلزمه الحد وهذه المسايل سبعة قد ذكرنا منها اربعة ومن جملتها اذا طلق الرجل
امراته ثلثا ثم وطيها في العدة وقال ظننت انها تحل لي لم يحد لان العدة من احكام الملك فيجوز ان
يشتبه عليه لان احكام الملك بمنزلة الملك في اسقاط الحد ومن ادعى شبهة تستند الى الظاهر
قبلت دعواه فان قال علمت انها لا تحل لي حد لانه لا ملك له ولا شبهة في الفعل فان قيل الا
يجعل اختلاف الناس في وقوع الطلاق الثلث شبهة في سقوط الحد قيل له هذه المسله عندنا
لا يسوغ فيها الاجتهاد فلا يتعلق بالخلاف فيها حكم فلهذا قالوا لو وطيها بعد انقضا العدة وقال
ظننت انها تحل لي حد ولو كان الاختلاف حكم لم يجب الحد ولو كان طلقها واحدة باينة ثم وطيها
في العدة لم يحد وان قال علمت انها علي حرام لان السلف اختلفوا في الواحدة الباينة هل تزيل
الملك ام لا فالاختلاف في ذلك يوجب اختلافا في الفعل هو زنا ام لا فمنع ذلك من وجوب
الحد ومن جملة المسايل السبع ايضا اذا وطي ام ولده وهي تعتد منه ومنها الجارية المرهونة
ذكر في كتاب الرهن انه لا حد عليه اذا قال ظننت انها تحل لي لانها محبوسة للاستيفا فاشبه
الجارية المبيعة في يد البايع وذكر في كتاب الحد انه لا يحد لانه لا يملك باقيها ولا حكم فيها وانما
له حق الاستيفا فاشبه الغريم اذا وطي جارية الميت انه يحد وان قال ظننت انها تحل لي
قال ومن وطي جارية اخته او عمته وقال ظننت انها حلال حد وذلك لانه لا شبهة له
في الموطوة ولا في الفعل ايضا الا ترى انه لا ينبسط له في مال هولا والحد انما يسقط بالشبهة
ولم توجد **قال** ومن زفت اليه غير امراته وقلن النسا انها زوجتك فوطيها فلا حد عليه
وعليه المهر وذلك لان الانسان انما يعرف زوجته بالمشاهدة او بالاخبار وفي هذه الحال
لا طريق له الى معرفتها بالمشاهدة فوقف على الاخبار وقد اخبر بانها زوجته فسقط الحد
لما استند شبهته الى ظاهر واذا سقط عنه الحد لزمه المهر لان الملك التام في ملك الغير لا
يخلو من حد او مهر وقد سقط الحد فلزم المهر **قال** ومن وجد امراة على فراشه فوطيها لزمه
الحد وذلك لان وجود المراة في بيته على فراشه ليس بشبهة الا ترى انه يكون في بيته
امه او اخته والاجنبية والشبهة اذا لم تستند الى سبب ظاهر لم يعتد بها كما لو وجدها
في غير داره نايمة عليها ثياب زوجته وقال الشافعي لا حد عليه لانه وطي يتعلق به تحريم
المصاهرة فلا يتعلق به الحد اصله الوطي بالعقد الفاسد قيل له الوطي بالعقد الفاسد استند
الى سبب لو كان صحيحا اباح الوطي فاذا كان فاسدا اسقط الحد وفي مسلتنا لم يستند الى

فلم يسقط الحد مع التفريط في الاستعلام وقد قالوا في رجل دخل الى بيته فدعا جارية له فاجابته
امراة اجنبية حرة وهو لا يراها فقال ظننت انه يحد ولا يصدق لانه كان يمكنه ان يتوصل
الى معرفتها بالمشاهدة فلم يكن له عذر في وطيها بالجواب **قال** ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها
لم يجب عليه الحد وهذا الذي ذكره ابو حنيفة وسوا عنده اتفق على تحريمها واختلف فيه علم الواطي
بالتحريم او لم يعلم وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد اذا تزوج نكاحا مجمعا على تحريمه
محرمة كانت المراة او غير محرمة والواطي يعلم انها حرام فليس ذلك بشبهة وعليه الحد اذا وطي وان
كان لا يعلم فلا حد عليه وبه قال الشافعي والكلام في هذه المسلة يقع في ثلثة مواضع احدها ان هذا
الوطي لا يسمى زنا والثاني في نفس المسله والثالث ان مجرد العقد شبهة والرابع وطي امته اذا كانت
ذات محرم منه والدليل على ان الوطي لا يسمى زنا لان العرب كانت تشاهد المجوس يتزوجون ذوات
ارحامهم ولا يسمونه زنا ولا اولادهم اولاد زنا ولانا نقر الكفار على هذا الوطي فلو كان زنا لم
يجز اقرارهم عليه واذا ثبت انه ليس بزنا لم يجب عليه الحد والدليل في نفس المسلة هو انه وطي
لو وجد من الكفار لم يجب الحد فاذا وجد من المسلم لم يجب الحد اصله اذا تزوجها شهرا فان قيل الذمي
يعتقد اباحة هذا الوطي والمسلم تحريمه فافترقا قيل له اعتقاد الاباحة لا يسقط الحد الا اذا وجد
سبب موثر بدليل ان من اعتقد اباحة الزنا من الكفار لا يسقط الحد عنه وكذلك اعتقاد التحريم
مع وجود سبب موثر في الحد لا يتعلق به الحد بدليل وطي الاب جارية ابنه ووطي احد الشريكين
ووطي المولى جاريته المجوسية او الحايض او وطي الزوج والدليل على ان العقد في نفسه شبهة ان
العقد والملك كل واحد منهما سبب للاباحة فاذا كان الملك اذا وجد غير مبيح فاذا كان العقد شبهة
فالملك اولى والدليل على انه اذا ملك اخته من الرضاعة فوطيها لم يجب عليه الحد لانه وطي في ملك
لم يتعلق به الحد كالوطي للجارية المشتركة والمكاتبة والحايض وجه قولهما انه وطي محرم على
التابيد في غير ملك مجمع على تحريمه فتعلق به الحد كالزنا واما اذا كان لا يعلم بالتحريم فلا حد
عليه عندهما لان الشرعيات لا يثبت حكمها الا بالسمع فاذا لم نعلم بالتحريم لم يجب الحد وقد
روي ان رجلا كان ضيفا لاهل بيت في اليمن فاصبح يحدث انه زنا بربة البيت فكتب فيه الى عمر
رضي الله عنه فكتب ان كان يعلم ان الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فاعلموه فان عاود
فاجلدوه وان كان النكاح مما يختلف فيه الفقها مثل النكاح بغير ولي وغير شهود وما اشبه
ذلك فلا حد عليه وان كان عند الواطي انه محرم في قولهما اذا كان بعض الفقها يجيزه فهو شبهة لانه

اجتمع الموجب والمسقط فان الحكم للمسقط **قال** ومن اتى امراة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وقال ابو يوسف ومحمد هو كالزنا وقال الشافعي في احد قوليه يقتل بكل حال وفي القول الاخر انه كالزنا يجلد ان كان بكرا ويرجم ان كان ثيبا وجه قول ابي حنيفة انه لا يسمى زنا بدليل ان اهل اللغة افردوه باسم وسموه والوطء في الفرج زنا فانفراده بالاسم ينفي الاشتراك بينه وبين غيره ولانه وطء لا يتعلق به وجوب المال بحال فصار كالوطء فيما دون الفرج ولان هذا وطء لا يبيحه عقد النكاح من الزوجة وما لا يملكه بعقد النكاح فاستيفاؤه من الزوجة كاستيفائه من الاجنبية الدليل عليه قطع يدها فلما لم يجب الحد اذا استوفى هذا الوطء من الزوجة لم يجب لذلك من الاجنبية والذي قال الشافعي في احد قوليه انه يقتل بكل حال لا يصح لانه يخالف اجماع من تقدمه وجه قوله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاعلى والاسفل قيل له هذا خبر لا اصل له يدل على ذلك ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في عقوبته فكل واحد منهم قال شيئا وهي قصة مشهورة وقال علي رضي الله عنه يحرق او يرجم وقال ابن عباس يرجم وقال بعضهم يرمى من شاهق الجبل وهذا الاختلاف يدل على انه لا يصح عندهم في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء والذي روي عنهم في قصة في تمييز يحتمل ان يكون فعل ذلك مستحلا له يبين ذلك انهم مثلوا به والمثلة لا تكون الا في المرتد دون غيره واذا ثبت عند ابي حنيفة انه لا حد عليه كان عليه التعزير لان الناس لما قالوا منهم من اوجب الحد ومنهم من اوجب التعزير واسقط الحد فاذا اسقطناه عنه وجب التعزير بالاجماع **قال** ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وقال الشافعي في احد قوليه هو زنا وفي قول اخر يقتل بكل حال ومن اصحابه من قال فيها قولا ثالثا انه يعزر ولا يحد وهو قول اصحابنا لنا انه فعل لا يسمى زنا فلا يجب به الحد كالوطء فيما دون الفرج فان قيل روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قيل له قد ذكر ابو داود عن ابن عباس قال ليس على من اتى بهيمة حد ولا يجوز ان يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم انه اوجب الحد ويقول لا حد فدل ذلك على ضعف الخبر ويحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك في المستحل فاجاب ابن عباس في غير المستحل **قال** ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لم نقم عليه الحد لان الامام لم يكن له عليه يد في وقت وجوب الحد فصار ذلك شبهة في سقوطه وقد قالوا اذا اقر الرجل انه زنا بامراة

غاية

غاية القياس ان لا يحد لان المراة لو حضرت جاز ان تدعي شبهة تسقط الحد عن المقر فلم يجز استيفاء الحد مع تجويز البينة والاستحسان ان لا يحد لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اقر عنده ماعز بالزنا رجمه من غير حضور المزني بها فان حضرت المراة فانكرت ان يكون زنا بها قال ابو حنيفة انه مع انكارها لا حد عليه وقال زفر وابو يوسف ومحمد عليه الحد وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه لا يخلو اما ان يجعله زانيا بها مع انكارها ولا يجوز ان يجعله زانيا بغيرها لانه خلاف ما اقر به فلم يبق الا اسقاط الزنا وجه قولهم ما روي في حديث سهل بن سعد ان رجلا اقر عند النبي صلى الله عليه وسلم انه زنا بامراة فانكرت فحده النبي صلى الله عليه وسلم قلنا يحتمل ان يكون انكرت وطالبت بحد القذف فحده لذلك الا هذا الوجه للخبر مع ضعفه فان قيل سقوط الحد عن احد الواطئين لا يوجب سقوط الحد عن الاخر كما لو زنا بمجنونة او صغيرة قيل له الحكم بالوطء لم يبطل في حقها فلذلك وجب الحد على العاقل وفي مسئلتنا تعلق الحكم بالوطء في حقها لم يثبت عليها فلم يمكن اثباته في حقه فبطل

باب حد الشرب

قال رحمه الله ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود فشهد الشهود بذلك عليه او اقر فعليه الحد وذلك لان شرب الخمر سبب يوجب الحد والاسباب الموجبة للحد تثبت بالشهادة وتثبت بالاقرار والدليل عليه الزنا والقذف الا انه لا يقبل الشهادة مع عدم ريحها وذلك لان الشهادة تكون بحد متقادم وقد دللنا على ان الشهادة لا تقبل بحد متقادم **قال** وان اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وجه قولهما ما روي ان رجلا اقر بشرب الخمر عند ابن مسعود فقال ترتروه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولا يعرف له مخالف ولانه حد ليس للادمي فيه حق فجاز ان يؤكد الاقرار بامر زائد اصله الزنا وليس ههنا ما يؤكد به الا بقاء الاثر وجه قول محمد ان المقر لا تلحقه التهمة فيما يقر به على نفسه فلم يؤثر التاخير على اقراره كحد الزنا **قال** ومن سكر من النبيذ حد وذلك لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا سكر احدكم فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه ثم اذا سكر فاضربوا عنقه فاوجب الحد بالسكر وهذا انما يكون في غير الخمر فافاد الخبر وجوب الحد في السكر من الاشربة غير الخمر لاجماعهم ان الحد في الخمر يجب بنفس الشرب وانه اذا شرب ما دون السكر من النبيذ لا يوجب الحد **قال** ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او من تقياها لجواز ان يكون شربها

مكرهًا او وجرها والحد يجب اذا شربها طوعا فالم يعلم ذلك لا يجب الحد مع الشبهة قال
ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعًا وذلك لان السكر قد يكون من غير
الشراب وذلك لا يوجب الحد وانما يوجب الحد اذا كان من النبيذ فلا بد ان يعرف فما لم يعرف
لا يجب الحد بالشك واذا عرف انه من النبيذ لا بد من العلم بانه شربه طوعًا لانه لو اكره
على الشرب فسكر لم يجب عليه الحد فاذا لم يعلم ذلك لا يجب عليه الحد قال ولا يحد حتى يزول
عنه السكر وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه اتي بسكران فحبسه فلما صحا حده ولان
المقصود بالجلد ايصال الالم اليه لينزجر عن ذلك والسكر يمنع الاحساس بالالم فلا يوجد
المقصود بالجلد فوجب تاخيره الى حال يوجد المقصود وقال ابو حنيفة ان السكر
الذي يجب به الحد ان لا يعرف السما من الارض والرجل من المراة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا اختلط اكثر كلامه وجه قول ابي حنيفة ان الله تعالى نهي السكران عن الصلاة
حتى يعلم ما يقول فدل على انه عادم العلم فحكمه حكم غيره ووجه قولهما انه اذا اختلط
اكثر كلامه صار بمنزلة المجنون قال وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطًا وقال
الشافعي حده اربعون فانه لو اقتصر الامام عليها جاز وان ضم اليها اربعون على طريق التعزير
جاز دليلنا ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد في الخمر اربعين وجلد عمر رضي الله عنه
اربعين ثم جاءه خالد وهو في المسجد فاخبره ان الناس قد انهمكوا في الشرب فاستشار
الصحابة الذين حوله رضي الله عنهم في الحد فقال علي يا امير المومنين ثمانين جلدة
انه اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذا افترا على الله وحد المفتري ثمانين فعمل
بقوله واشار ايضا عبد الرحمن بن عوف بذلك قال نجعله كاخف الحدود وهو
ثمانين وهذا اجماع منهم لا يجوز مخالفتهم ولم يخالف بعد ذلك احد من الفقها الا الشافعي
فان قيل كان ابو بكر رضي الله عنه مخالف لانه جلد اربعين قيل له ليس بمخالف لان الذي
روي عنه انه جلد بجريدتين او بنعلين فلم يختلف العدد وانما اختلف الصفة وعلي
ان الذي روي عن ابي بكر الفعل والاجماع انما ينعقد بانقراض العصر ولم ينقرض حتى
اجمعوا من طريق القول على خلافه وقد روي ابو سعيد الخدري رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بنعلين اربعين اربعين فجعل عمر رضي الله عنه مكان كل نعل
سوطا فهذا يبين ان العدد لم يختلف وانما اختلف الصفة ولان الاربعين يدخل حد

ال

في البدن لنقصانه فلا يكون بنفسها حدا في الخمر كالخمسين فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه جلد اربعين وابو بكر اربعين وعمر اربعين ثم استشار الصحابة وجعله ثمانين
ولا يجوز ان يفعل عمر فيما تقرر عليه الشرع فدل على انه زاد عليه على طريق التعزير لان
ذلك موكل الى راي الامام قيل له هذا لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز ان يكل
الحدود الى الاجتهاد فلا بد ان يكون ضرب عددا مقدرا فالرجوع الى من يعلم اولى من الرجوع
الى من لم يعلم وقد بينا ان ابا سعيد روي ان النبي عليه السلام ضرب بنعلين اربعين اربعين
وايضا فان الحدود لا يضم اليها التعزير الا اذا وجد سببه فدل على انهم زادوا على وجه
الحد ولان عمر جلد ثمانين ولم نخبره في النقصان في ذلك ولو كان تعزيرا لخيره قال
ويفرق الضرب على بدنه كما يفرق في الزنا وقد بينا ذلك قال فان كان عبدا فحده اربعون
وذلك لان حكم العبد في الحد على النصف من حد الحر على ما بيناه فيما تقدم قال ومن
اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد وذلك لما بينا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يلقن
المقر بالحد الرجوع فلولا ان يكون رجوعه مقبولا لم يكن لذلك فايدة قال ويثبت
الشرب بشهادة شاهدين وذلك لما روي ان الوليد بن عقبة شهد عليه حمران واخر
عند عثمان رضي الله عنه انه شرب الخمر فقال عثمان لعلي رضي الله عنه اقم الحد فقال علي
لعبد الله بن جعفر اقم عليه السوط فاخذ السوط بيده فجلده وعلي رضي الله عنه يعده حتى بلغ اربعين
فقال علي حسبك وروي ان السوط كان له شعبتان رواه محمد بن علي عن ابيه علي
بن الحسين رضي الله عنهم قال وباقراره مرة واحدة وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف وزفر باقراره مرتين في مجلسين وجه قولهما ان ما جاز اثباته
بشهادة شاهدين جاز باقراره مرة واحدة كالديون وجه قول ابي يوسف وزفر انه
حد فاعتبر عدد الاقرار بعدد الشهود كحد الزنا قال ولا تقبل فيه شهادة النسا مع
الرجال وذلك لانه سبب يوجب الحد فلا تقبل فيه شهادة النسا اصله الزنا باب
حد القذف قال رحمه الله واذا قذف رجل رجلا محصنا
او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا
وهذا يشتمل على مسايل منها وجوب الحد بقذف المحصن وقد دل عليه قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا

لم شهادة ابدا واوليك هم الفاسقون ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لهلال بن امية حين قذف زوجته بالزنا ايتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك ومنها ان الحد
بالقذف بصريح الزنا دون غيره وذلك لان المراد بالرمي في الاية الزنا الا ترى الى قوله تعالى
ثم لم ياتوا باربعة شهدا والذي يحتاج في اثباته الى اربعة من الشهود هو الزنا ومنها ان استيفا
الحد يقف على مطالبة المقذوف وذلك لان الحد وجب لاجل الشين الذي لحق بغيره ومن ثبت
له حق وقف استيفاوه على مطالبته ومنها ان قدر الحد ثمانون وذلك صرح في الاية ومنها
ان ذلك حد القاذف اذا كان حرا فاذا كان عبدا فحده اربعون روي جعفر بن محمد عن ابيه
عن علي رضي الله عنه قال يجلد العبد في القذف اربعون وعن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال
ادركت ابا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفا فلم اراهم يجلدون المملوك في القذف
الا اربعين وعن بن عباس نحوه وقد روي عن بن مسعود والاوزاعي انه يجلد ثمانين دليلنا
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بسنتي وسنة الخلفا الراشدين
من بعدي وقد ثبت عنهم ما ذكرناه ولانه عقوبة تتنصف ويسقط بالشبهة فكانت
على النصف من حد الحر كحد الزنا قال ويفرق على اعضايه ولا يجرد من ثيابه غير انه تنزع
عنه الفرو والحشو وقد بينا ذلك في حد الزنا قال وان كان عبدا فحده اربعين وقد دللنا
عليه قال والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا
اما اعتبار الحرية فلقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فدل
على ان الاحصان يعبر به عن الحرية واذا كان عبارة عنها اعتبر وجودها واما اعتبار العقل
والبلوغ فلان الصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا فلا يلحق بقذفهما شين وحد القذف
يجب لاجل لحاق الشين فاذا لم يوجد الشين لا يجب الحد واما اعتبار الاسلام فلقوله عليه
السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والله تعالى اوجب الحد بقذف المحصن فاذا لم يكن
محصنا لم يحد بقذفه واما اعتبار العفة عن فعل الزنا فلان من لا يعف عن فعل الزنا لا
يلحقه شين بالقذف والحد يجب للحاق الشين ولان القاذف صادق فلا يحد على صدقه
قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك او يا ابن الزانية وامه ميتة
محصنة وطالب الابن بحدها حد القاذف وذلك لان النسب انما ينفى عن الاب اذا كان
الام زانية فصار كقوله زنت امك فيكون قاذفا وقد قالوا لو كان يجوز ان يقال ان هذا

القذف مشتبه لانه يحتمل ان ينفى النسب عن الاب اذا وطيت بشبهة او بنكاح فاسد فلا يلزمه
بذلك الحد ولان الامة اجتمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد وهذا هو الظاهر لان
الشتم لا يراد به الا نفي النسب بالزنا دون الوطء بشبهة واما قوله يا ابن الزانية فهو صريح
القذف فيجب به الحد الا انه لا بد من ثبوت احصان الام لان الحد يجب بقذف المحصنة وذلك
يثبت اما باقرار القاذف او بالبينة فان ادعى القاذف ان امه امة او كافرة او غير محصنة
فالقول قوله لان الحد يجب بالقذف الصحيح ولا يعلم ذلك ولا يجوز ان يرجع في شي الى ظاهر
الحرية والاسلام لان الظاهر لا يستحق به حقا على الغير وانما تدفع به الخصومة فلا بد من
اقرار القاذف او البينة على الاحصان وانما كان للابن المطالبة بالحد لان القذف حصل
بعد موتها فالحق الشين به فكان الحق له فتكون المطالبة اليه وقد قال اصحابنا اذا كان
المقذوف بالزنا حيا فلا خصومة لاحد في الحد غيره حاضرا كان او غايبا وذلك لان الحد
يجب بالشين الذي الحق به وهذا حق له فالمطالبة به من حقوقه ومن ثبت له حق لم يقم
غيره مقامه فيه الا برضاه قالوا فان مات قبل ان يطالب به او بعد ما طالب وقد ضرب
القاذف بعض الحد سقط الحد وبطل ما بقي منه ولو كان سوطا واحدا ولا يورث الحد في
القذف لانه حد فلا يورث كحد الزنا ولانه حق ليس فيه معنى المال والوثيقة فلا يكون
الوارث فيه مقام المورث اصله الوصية والمضاربة قال ولا يطالب بحد القذف
للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وانما كان كذلك لان الحد لا يورث وانما يثبت
للوارث ابتدا لحوق الميت اذا الحقه بذلك شين فكل من لا يقدح ذلك في نسبه لا يلحقه شين
الا ترى ان العم والاخ لا ينقطع نسبهما بقذف الاخ وابن الاخ فلم يثبت لهما الحد وليس
كذلك الابا والابنا لان القذف يقدح في نسبهم الا ترى انه اذا قذف اباه او امه كان ذلك
قطعا لنسبه منهما وقطعا لنسب اولاده ايضا منهما فيثبت له ولاولاده المطالبة
وقد قال ابو حنيفة وابو يوسف يثبت المطالبة ايضا لولد البنت لانه ينقطع نسبهم من جهة
الام فصار كانقطاعه من جهة الاب فلحقهم الشين بذلك وقد قال محمد ليس لولد البنت
المطالبة لان الانساب انما هي للابا فانقطاعهم من جهة الام لا يلحقهم به شين قال
وان كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد وذلك لان الشين
يلحقه بقطع نسبه عن ابيه كما يلحق الحر المسلم فيثبت له المطالبة فان قيل الابن العبد

والكافر لو قذف في نفسه لم تثبت له المطالبة فبقذف غيره اولى ان لا يثبت له قيل له قذف
غيره قذف صحيح متعلق به المطالبة بالحد وقذفه في نفسه ليس بقذف فلذلك لم يتعلق به
الحد **قال** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة وذلك لان العبد لا يملك ذلك
من مولاه كما لا يملك ساير الحقوق الا ترى انه لو قتله لم يقتل به **قال** وعلى هذا ايضا
قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف اباه او جده وان علا ولا امه ولا جدته
وان علت وكذلك ان قذفه في نفسه هو لا لان الابن مامور بتعظيم ابيه وممنوع من
الحاق الضرر به الا ترى الى قوله تعالى ولا تقل لهما اف والحاق الضرر باقامة الحد اكثر من
ذلك فمنع منه **قال** وان اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه وذلك انه لما اقر بالقذف
الحق الشين بغيره واثبت لغيره حقا عليه ويريد اسقاط ذلك الحق برجوعه فلا يقبل
قال ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد وذلك لان هذا يذكر ولا يراد به النسب
وانما يراد به التشبيه في الاخلاق والطباع فلم يلزمه الحد **قال** ومن قال لرجل يا ابن
ما السما فليس بقاذف لان هذا لا يذكر على وجه القذف والسب وانما تذكره العرب
على وجه المدح فلا يلزمه الحد وقد قالوا لو قال لست بابن فلان الذي يدعى به حد
لانه لا وجه لهذا الا السب اذا كان في غضب وان كان في غير غضب فيحتمل السب
ويحتمل انه لا يشبهه في اخلاقه فلا يجب الحد بالشك واذا نسبه الى عمه او الى خاله
او الى زوج امه فليس بقاذف وذلك لان العم يسمى ابا بدليل قوله تعالى الهك
واله ابايك ابراهيم واسماعيل واسحق فسمى العم ابا وعن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الخالة والدة فيقتضي ان يكون الخال ابا وزوج الام ايضا يسمى ابا قيل في
تفسير قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته واذا كان يسمى بذلك في العادة
لم يكن قاذفا فلا يجب به الحد **قال** ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه
وهذا الذي ذكره مثل ان يتزوج امراة نكاحا فاسدا مجمعا على فساده وهو يعلم
او لا يعلم او يطا جارية مشتركة او يشتري جارية فيطاها ثم يستحق وهو لا يعلم انها
لغير البايع او يطا بنكاح ثم يعلم ان المراة ممن لا يحل له نكاحها وهذا مستمر على قولهم
في كل وطء حرام في غير ملك ان الحد يسقط عن قاذفه الا في مسئلة واحدة وهي المجوسي
اذا تزوج بامه ثم اسلم فقذفه قاذف حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد وجه قول

ابي حنيفة انه عقد يعتقد اباحته ويقر عليه فصار كالنكاح الصحيح وجه قولهما انه عقد محرم
بالاجماع فاشبه عقد المسلم على ذوات محارمه وما سوى هذه المسئلة فالحد يسقط عن
القاذف لانه وطء حرام في غير ملك وذلك يشبه الزنا فاذا قذفه قاذف جاز ان يشتبه
الامر عليه وهي شبهة تستند الى سبب صحيح فاثرت في اسقاط الحد عن القاذف ولم يذكر
رحمه الله اذا وطي وطيا حراما في ملكه ثم قذفه قاذف وذلك يكون على وجوه احدها
ان يكون التحريم عارضا مثل الوطء للحايض والنفسا والامة المزوجة والمكاتبة والحرة
التي ظاهر منها او لزمتها العدة فهذا لا يسقط الحد عن القاذف لانه تحريم عارض في الملك
فصار كوطي زوجته المريضة التي تستضر بالوطء وكوطء الصايمة ولا خلاف في هذه الجملة
بين اصحابنا الا في المكاتبة قال زفر قاذفها لا حد عليه وعن ابي يوسف فيها روايتان
وجه قولهما انه تحريم عارض في الملك كالحيض والاحرام وجه قول زفر وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف ان ملكه زال عن وطيها بدلالة انه يجب لها المهر عليه فصار
كالوطء في غير ملك والثاني ان يكون التحريم في الملك مؤبدا مثل وطي ذوات المحارم
وقد ذكر في الاصل ان الحد يسقط عن القاذف وذكر الشيخ ابو الحسن انه لا يسقط الحد
وجه ما ذكرناه في الاصل انه وطء محرم على التابيد فصار كالزنا وجه ما ذكره ابو الحسن
انه وطي في ملك فمقارنة التحريم فيه لا يسقط الاحصان اصله اذا وطي امته المزوجة
الثالث ان يكون التحريم يشبه المؤبد من وجه ويشبه العارض من وجه مثل من قبل امراة
بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فوطيها قال ابو حنيفة لا يسقط الحد
وقالا يسقط الحد وجه قول ابي حنيفة ان هذا الوطء مختلف في تحريمه بين السلف وليس
فيه نص يقتضي التحريم ويجوز ان يباح بحكم حاكم فصار كالتحريم العارض وجه قولهما ان
هذا تحريم مؤبد فصار كوطي الام والاخت وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول لا خلاف
بينهم ان من زنى بامراة ثم تزوج بابنتها فوطيها ان الحد يسقط عن قاذفه وان كان الخلاف
في مسئلة القبلة والوطي سوا وانما افترقا لان التحريم بالوطء فيه نص وهو قوله تعالى
وامهات نسايكم وقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا والنكاح هو الوطي فلذلك
افترقا **قال** والملاعنة بولد لا يحد قاذفها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يحد وجه قولهما انها تشبه الزانية في ثبوت نسب ولدها منها لا ابه

له وصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها يبين ذلك ان الوطي شبهة تمنع وجوب
الحد علي قاذفها لما اشبه الزنا كذلك هذا وجه قول ابي يوسف انها محصنة قبل
لعان الزوج فلا يصدق الزوج في اسقاط احصانها بقوله ولعانه فتبقي علي احصانها
ويحد قاذفها كما لو لاعنها بغير ولد قال ومن قذف امة او عبدا او كافرا بالزنا او قذف
مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث عزر وذلك لان العبد والامة
والكافر ليس بمحصن وقذف من ليس بمحصن لا يوجب الحد وانما الزمه التعزير لانه قد الحق
الشين به فيعاقب علي ذلك واقل العقوبات التعزير وكذلك اذا قال له يا فاسق وما اشبه
ذلك لانه قد الحق به الشين بما دون الزنا فيعزر وقد قالوا لو كان الرجل يرضي بذلك لم
يلزمه الحد لانه اذا كان علي هذه الصفة لم يلحق به الشين فلا يلزمه العقوبة ولا التاديب
قال وان قال له يا حمار او يا خنزير لم يعزر وذلك لانه كاذب في قوله ولا يلحقه
بذلك شين فلا يجب به عقوبة قال والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله
ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا وجه قول
ابي حنيفة ومحمد وزفر ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا في غير
حد فهو من المعتدين وروي ابو بردة ابن سنان ان النبي صلي الله عليه وسلم قال
لا يجلد اكثر من عشر جلدات الا في حد من حدود الله تعالي ولان الاربعين حد كامل فلم يجز
استيفاوه علي وجه التعزير اصله القطع وجه قول ابي يوسف ما روي عن علي رضي
الله عنه انه قال في التعزير خمسة وسبعون سوطا فاعتبر ادني الحد ونقص منه
خمسة وقد روي بن سماعة عن ابي يوسف انه قال علي قدر ما يراه الامام في كل نوع
فاعتبر في كل شي مما يقرب منه والقذف بغير الزنا يعتبر بحد القذف وشرب غير الخمر
يقرب من شرب الخمر والوطي فيما دون الفرج يقرب من الزنا حتي يعتبر كل شي بنوعه قال
وان راي الامام ان يضم الي الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك لان الغرض الزجر عن مثل
ما فعل فاذا كان لا يحصل الزجر الا بالحبس مع الضرب وراه الامام مصلحة جاز كما يجوز له
ان ينقص من الضرب ويزيد قال واشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب
ثم حد القذف وقد بيناه ذلك في حد الزنا قال ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر
اما الحد فمجمع عليه ولانه لو لزمه الضمان يتقصر فعلم يتعذر قوله فيه كما يستوفيه لتعز

فاما

فاما التعزير قال الشافعي في احد قوليه يلزمه الضمان وفي قول اخر في بيت المال لنا انها
عقوبة يستوفيه الامام بالولاية علي المسلمين فلا تكون مضمونة عليه كالحد او عقوبة يستوفيها
لازالة الفساد عن دار الاسلام فصار كالحدود فان قيل ضرب ادمي غير مقدر وضع لاستصلا ح
المضروب فوجب ان يكون في غير حقه اصله ضرب الرجل امراته او ابنه قيل له لا نسلم انه غير مقدر
لان اصله مقدر عندنا بثلثة واكثره تسعة وثلاثون فاما ضرب الرجل امراته او ابنه فلا
يستوفيه لمنفعة نفسه وكذلك ضرب الاب الابن يستوفيه لمنفعته ومنفعة الصبي الا تري ان منفعته
تعود الي الاب فلذلك كان مضمونا عليه وليس كذلك التعزير لان الامام يستوفيه لمنفعة المسلمين
فصار كالحد قال واذا حد المسلم في القذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل
اذا تاب لنا قوله تعالي والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون ولو اقتصر علي قوله ولا تقبلوا لهم شهادة
اقتضي ان لا تقبل شهادته فلا بد ان يكون لقوله ابدا فائدة وليس ذلك الا ان لا يقبل بعد التوبة
ولانه تعالي لو رد شهادته لاجل الفسق لاقتصر علي ذكر الفسق لانه يغني عن رد الشهادة فلما
منع من قبول شهادته ثم ذكر الفسق دل علي ان رد شهادته لا تتعلق بالفسق ولانه لو تعلق بالفسق
لقال واولئك هم الفاسقون ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فلما اخر ذكر الفسق دل علي ان رد الشهادة
يتعلق بغير الفسق فاما قوله تعالي الا الذين تابوا فانه عائد الي قوله واولئك هم الفاسقون دون
غيره لان الاستثناء بمنزلة التخصيص الا تري ان كل واحد منهما يخرج من الكلام ما لولاه لدخل
فيه والتخصيص يعود الي ما يليه كذلك الاستثناء ولان قوله فاجلدوهم امر وقوله ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا نهي واولئك هم الفاسقون خبر والكلام متي اشتمل علي امر ونهي وخبر وتعقبه
استثناء عاد الي الخبر دون غيره كما لو قال اعط بني تميم ولا تعط بني عقيل فانهم اعدائي الا ان
كان تقديره الا زيدا فانه ليس بعدوي وليس يصير تقديره الا زيدا فلا تعطه كذلك في مسئلتنا
فان قيل ولا تقبلوا حكم وقوله واولئك هم الفاسقون علة والاستثناء اذا تعقب العلة
والحكم انصرف الي الحكم قيل له واولئك هم الفاسقون خبر وقد بينا ان الاستثناء من حكمه
ان يعود الي الخبر دون غيره ولما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لا تقبل شهادة
خائن ولا خائنة ولا مجلود في فرية وهو عام ولما روي ان هلال بن امية لما قذف زوجته
قالت الانصار الان يجلد هلال وتبطل شهادته في المسلمين فعلقوا رد الشهادة باقامة

الحد عليه وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك ولانه حكم يتعلق بالقذف لحق الادمي فلا يسقط بالتوبة اصله الجلد فان قيل قذفه لغيره بالزنا لا يكون اكد من زناه ولو تاب بعد ما زنا وحد قبلت شهادته فههنا اولى قيل له اذا زنا ثم تاب ارتفع المعنى الموجب لرد الشهادة بالتوبة وهو الفسق وفي مسئلتنا الموجب لرد الشهادة هو الجلد وذلك لا يرتفع قط فلذلك لم تقبل شهادته قال وان حد الكافر في القذف ثم اسلم قبلت شهادته وذلك لان الاسلام يجدد للكافر عدالة لم تكن موجودة حال الجلد وهي عدالة الاسلام فلا تبطل باقامة الحد لاستحالة ان تبطل قبل وجودها واذا تجددت له عدالة لم تكن قبلت شهادته

كتاب السرقة وقطاع الطريق

قال رحمه الله السرقة هو اخذ المال على وجه الاستخفاء فان كان على وجه غير الاستخفاء يسمى نهبا وخلسة والاصل في وجوب القطع على السارق قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده قال اذا سرق البالغ العاقل عشرة دراهم او ما قيمته عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع اما اعتبار العقل والبلوغ فلان القطع عقوبة والعقوبة لا تثبت الا في حق المكلف ولم يوجد التكليف في حق الصبي والمجنون واما اعتبار المقدار في القطع فما روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما كيف ترى في حريسة الجبل فقال هي ومثلها والنكال واذا جمعها المراح قطع اليد فما بلغ ثمن المجن ولان الحد يجب بالمقصود من كل نوع الا ترى ان حد الزنا يجب بالوطي في الفرج وحد القذف يجب بالقذف بالزنا خاصة ولذلك في السرقة يجب القطع في المقصود بها والقدر اليسير ليس بمقصود بالسرقة فلا يجب فيه القطع واختلفوا في المقدار الذي فيه القطع فقال اصحابنا لا يجب القطع في اقل من عشرة دراهم او ما قيمته عشرة دراهم وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدري فيما قيمته اربعون وعن عكرمة اربعة اوقية وقال مالك ثلثة دراهم وعن الحسن البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج وقال الشافعي ربع دينار او ما قيمته ربع دينار ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقطع السارق الا في ثمن المجن وروي من طرق مختلفة رواه عامر بن سعد عن ابيه وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عايشة ولا بد ان يكون المراد به مجنا معينا لانه ذكر بالالف واللام وذلك يقتضي التعريف ولانه عليه السلام

اخرج

اخرج الكلام مخرج التقدير ببيان النصاب ولا يجوز ان يقدر ذلك بمختلف لا يتقدر فلم يبق الا ان يكون اراد مجنا بعينه وقد اختلف السلف في قيمته فروي عطا عن ابن عباس انه قال كان قيمة المجن الذي قطع به رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وروي عطا عن ايمن الحبشي عن ام ايمن قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في جحفة وقومت يومئذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا او عشرة دراهم وروي نافع عن ابن عمر قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم في مجن قيمته ثلثة دراهم وعن انس قيمته خمسة دراهم فلما اختلفوا في قيمته كان الرجوع الى اكثر ما قيل اولى الا ترى ان المقومين اذا اختلفوا في مستهلك فشهد اثنان ان قيمته عشرة وشهد اثنان ان قيمته اقل وجب الاخذ بالاكثر ولانه لا يجوز اثبات القطع بالشك وقد تيقنا وجوبه عند اخذ العشره ولم نتيقن ذلك فيما دونها ولانه مقدار يستفرض ضمانه باستهلاك السارق فلا يجب القطع به اصله ما دون الربع دينار فان قيل روت عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا قيل له هذا حديث اختلف اهل العلم في رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وانكره الثقات ومن رفعه ايضا اختلف عنه الرواية في ذلك فروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن فكيف يظن ان عند عايشة مثل هذا النص فلا تذكره وترجع الى قيمة المجن وتظهر الاختلاف في تقويمه واما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة فهو قول ابي حنيفة وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان النصاب اذا تعلق بقدر من الدراهم استوى فيه المضروبة وغيرها كنصاب الزكوة ووجه قولهما ان التبر ناقص القيمة عن المضروب فصار كالنقصان من طريق الوزن وقد قالوا انه يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة لان اطلاق اسم الدراهم يتناول ذلك بدليل نصاب الزكوة ومقادير الديات واما اعتبار الحرز فلان النبي عليه السلام قال في حريسة الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال فلم يوجب القطع فيها لانها ليست بحرز واما قوله من حرز لا شبهة فيه فلان الحد يسقط بالشبهة فيعتبر زوال الشبهة في وجوب القطع وسيجي بيان الشبهة فيما بعد قال والعبد والحر في القطع سوا لعموم الاية والاخبار ولانها عقوبة لا تتبعض فاذا ثبتت في حق العبد استوى فيها

الحر والعبد كالقصاص **قال** ويجب القطع باقراره مرة واحدة او بشهادة شاهدين اما ثبوته
بشهادة شاهدين فاجماع ولانه عقوبة يتعلق استيفاؤها على مطالبة الادمي فتثبت
بشهادة شاهدين كالقصاص واما ثبوته باقراره مرة واحدة فهو قول ابي حنيفة ومحمد
وعن ابي يوسف باقراره مرتين ثم رجع الى قولهما وجه قولهما ان كل ما جاز اثباته بشهادة
شاهدين جاز اثباته باقراره مرة واحدة اصله المال ولانا لو لم نوجب القطع بالمرة الاولى
استقر به الضمان عليه فلم يتعلق القطع بالاقرار الثاني الا ترى ان الاخذ الذي يستقر به الضمان
لا يجب به القطع اصله الغصب وجه قول ابي يوسف انه حد فيعتبر عدد الاقرار به بعدد
الشهود اصله حد الزنا **قال** واذا اجتمع جماعة في سرقة واصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
قطع وان اصابه اقل لم يقطع وقال مالك اذا اشتركوا في نصاب واحد وجب القطع لنا
ان كل واحد منهم سارق لما دون النصاب فلا يقطع به كما لو انفرد بسرقته ولا يشبه هذا
اذا قتل الجماعة واحدا في وجوب القصاص على جماعتهم لان القصاص يتعلق باخراج الروح
وهو معنى لا يتبعض فصار كل واحد كالفاعل لجميعه وليس كذلك اخذ المال لانه يتبعض
ففعل كل واحد حال الاشتراك فيما اصابه كفعله فيه حال الانفراد فلا يجب به القطع
ولا يقطع فيما يوجد تافها في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والصيد
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع في جميع ذلك الا في التراب
والطين والسرجين والماء وهو قول الشافعي وزعم اصحابه ان في الماء والتراب وجهان وجه قولهما
حديث رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في ثمر ولا كثر وقيل في الكثر صغار
النخل وقيل الجمار والمعنى فيه انه يوجد تافها مباحا وقال النبي صلى الله عليه وسلم الناس
شركاء في ثلث الماء والكلا والنار وثبوت الشركة يمنع القطع كما في بيت المال وكان علي رضي الله عنه
لا يقطع في الطير وقالت عائشة رضي الله عنها كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الشيء التافه وهذا موجود في الماء والحجارة ولانه يوجد مباحا في دار الاسلام غير
مرغوب فيه فلا يجب فيه القطع كالسرجين والماء ولبن الادمية وجه قول ابي يوسف
انه متمول يباع ويشترى فصار كسائر الاموال الجواب قلنا سائر الاموال لا يملك الا بالاخذ
في دار الاسلام لمعنى يعود اليها فلم يقارن الاخذ شبهة فلزمه القطع وفي مسئلتنا يملك بمجرد
الاخذ في دار الاسلام لمعنى يعود الى جنسه فاذا سرقها فقد وجد منه مثل سبب الملك

فصار شبهة في سقوط الحد وان لم يوجد الملك مثل النكاح الفاسد **قال** ولا فيما يسرع اليه
الفساد كالفواكه الرطبة واللبن واللحم والبطيخ والفاكهة في الشجر والزرع الذي لم يحصد
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان عليه القطع وبه قال الشافعي
لنا ما روى الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع في طعام وهو عام وقد روت
عائشة رضي الله عنها انه ما كان يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
والبقول والمرق تافه ولان معنى المال فيها ناقص ونقصان معنى المال كنقص جزء منه
يمنع وجوب الحد وجه قول ابي يوسف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده الجواب ان المراد ببيضة السلاح بدليل ان بيض
الطير لا يكون الواحدة منه نصابا فان قيل روي ان سارقا سرق اترجة في عهد عثمان فقطع يده
قيل له روى ابن عمر انه قال لا يقطع في طعام **قال** ولا يقطع في الاشربة المطربة لانه لما
اختلف في اباحته اختلف في كونه مالا فكان فيه شبهة في سقوط القطع **قال** ولا في الطنبور
وذلك لان له اخذه وكسره او حله وتغييره على قول بعض اهل العلم فصار ذلك شبهة في سقوط
القطع **قال** ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يقطع وهو قول الشافعي لنا ان المقصود من المصحف القراءة وما فيه من القران
وذلك ليس بمال وله ايضا اخذه للقراءة فيه عند الحاجة فصار جميع ذلك شبهة في اسقاط الحد
فان قيل المصاحف مال في نفسها ومن جهة الانتفاع ليس بمال كما ان الثياب مال
والانتفاع بها ليس بمال قيل له هذا غلط لان المقصود من المصحف القراءة وذلك غير متقوم
والمقصود من الثياب اللبس وذلك معنى متقوم فافترقا فان قيل لو سرق الاوراق قبل
الكتابة قطع والكتابة زيادة فيها فاولى ان يجب القطع قيل له قبل الكتابة الكاغد هو المقصود والمقصود
منه المال فيقطع وبعد الكتابة المقصود ما في الكاغد وذلك ليس بمال فاذا تبعه ما هو مال
صار شبهة في القطع الا ترى انه لو سرق قلادة لم يقطع ولو سرق كلبا عليه قلادة لم يقطع
ولو سرق صبيا حرا لم يقطع ولو سرق ثيابه منفردا قطع ولو سرق اناء فيه خمر لم يقطع
ولو سرق الاناء منفردا قطع لما كان المقصود بالسرقة غير المال كذلك هذا **قال**
ولا في الصليب الذهب ولا الشطرنج ولا النرد وذلك لانه مما ذون له في اخذه وكسره
والنهي عن استعماله والشبهة اذا امكنت من الاخذ منعت من القطع وعن ابي يوسف

بيان
صلاح

في الصليب الذهب والصنم الذهب ان سرقه من مصلاهم فلا قطع لانه يثبت ماذون في دخوله وان كان في يد رجل محرز عنده قطع لان الذهب والفضة في نفسه يجب فيه القطع والصنعة لا تؤثر في اسقاط القطع فبقي الوجوب بحاله **قال** ولا قطع في سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع وجه قولهما ان المقصود الصبي دون ما عليه الا ترى انه لو قصد ما عليه لاخذه وتركه والمقصود من الاخذ اذا لم يتعلق به القطع فبغيره اولى كالمال المشترك وجه قول ابي يوسف ان الحلي بالانفراد يتعلق به القطع فانضمام الصبي اليه لا يسقط القطع كما لو سرق عبدا صغيرا عليه حلي **قال** ولا في سرقة العبد الكبير ويقطع في سرقة العبد الصغير والفرق بينهما ان الكبير في يد نفسه وما عليه في يده فاخذه ليس بسرقة في الحقيقة وانما هو خداع وذلك لا يتعلق به القطع وليس كذلك العبد الصغير لانه مال ولا يد له في نفسه فهو بمنزلة البهيمة فيجب به القطع **قال** ولا يقطع في الدفاتر كلها الا في دفاتر الحساب وهذا على الخلاف الذي بيناه في سرقة المصحف ودفاتر الحساب مجمع على وجوب القطع فيها لان المقصود منها الكاغد دون ما فيها والكاغد في نفسه مال ولم توجد شبهة تمنع من وجوب القطع فيلزم سارقها القطع **قال** ولا في سرقة كلب ولا فهد لان جنسه يوجد تافها مباحا في دار الاسلام وقد دللنا على ذلك **قال** ولا دف ولا طبل ولا مزمار لما بينا انه ماذون في اخذ ما هو معتد للمعاصي وكسره ومن اخذ ما له فيه شبهة لا يقطع **قال** ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل وذلك لانه مال لا يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام وانما يوجد مباحا في دار الحرب والاباحة في دار الحرب لا يعتبر بها الا ترى ان ساير الاموال مباحة في دار الحرب يجب فيها القطع في دارنا **قال** واذا اتخذ من الخشب اواني او ابواب قطع فيها وذلك لانها بالصنعة والتاليف خرج عن حكم اصله وصار في حكم جنس اخر الا ترى ان العمل غالب عليه وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة في الاجر والفخار انه لا قطع فيه لانه من الطين والصنعة غير غالبة على قيمته والطين لا يقطع فيه كذلك ما عمل منه فاما الزجاج فعن ابي يوسف فيه روايتان احدهما لا قطع فيه لانه من جنس الرمل وذلك يوجد مباحا تافها في دار الاسلام وما يعمل منه معنى المالية فيه ناقص لما بينا وان الكسر يسرع اليه وفي الرواية الاخرى فيه القطع بمنزلة الخشب والصفر اذا عمل منه انية وقال ابو حنيفة انه يجب القطع في الياقوت والزمرد والفيروزج

اذا

اذا ساوى عشرة دراهم لانه وان وجد مباحا في دار الاسلام الا انه لا يوجد تافها الا ترى ان القادر على اخذه لا يتركه مع القدرة عليه فصار كالفضة والذهب **قال** ولا قطع على خاين ولا خاينة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خاين ولان اسم السارق لا يتناولهم ولانه في وجوب القطع عليه ولا خلاف في هذه الجملة الا في النباش فقال ابو حنيفة ومحمد لا يجب القطع وقال ابو يوسف عليه القطع وهو قول الشافعي وجه قولهما انه افرد باسم والظاهر من انفراده باسم انفراده بفعل هذا هو الاصل وغير ذلك خلاف الظاهر فاذا اقتضى انفراده بفعل لم يجب تعليق حكم السارق عليه بالقياس ولان الكفن ليس بمملوك بدليل انه لا يخلو اما ان يكون ملكا للميت او للوارث ولا يجوز ان يكون ملكا للميت لان الموت ينافي الاملاك ولا يكون ملكا للوارث لانه يستحق عليه اخراجه فاذا سده لم يكن على ملكه كالدين والوصية ولان عند الشافعي لو نبش الوارث القبر واخذ الكفن لزمه القطع ويستحيل ان يقطع في ملكه واذا ثبت ذلك قلنا من سرق مالا ليس لمالك معين ولا هو موقوف على حكم ملك مالك لعقد لا يقطع فيه كمال بيت المال ولان القبر ليس بحرز للكفن بدليل انه لو سرقه من القبر وليس فيه ميت لم يقطع فانضمام الميت اليه وهو لا يحس كانضمام حجر اليه فلا يؤثر في ايجاب القطع وقد روى الزهري ان نباشا اخذ في زمن مروان فاجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانوا متوافرين انه يضرب ولا يقطع فان قيل سرق نصابا من حرز مثله من غير شبهة فوجب قطعه اذا كان من اهل القطع اصله اذا سرق من الحرز قيل له لا نسلم انه سرق ولا نسلم انه اخذ من حرز مثله لان الكفن لا يوضع في القبر للاحتراز وانما يوضع للبلى ثم المعنى في غير القبر انه مكان لو اخذ منه الدراهم قطع كذلك اذا اخذ الثياب **قال** ولا يقطع السارق من بيت المال ولا من مال للسارق فيه شبهة وذلك لان القطع يسقط بالشبهة والملك من اقوى الشبهة بدليل اسقاط حد الزنا عن الشريك اذا وطئ الجارية المشتركة واما سرقته من بيت المال فلا يوجب القطع ايضا لان له فيه حق فصار كالمال المشترك **قال** ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع اما الوالد فشبهة في مال ولده بدليل قوله عليه السلام انت ومالك لابيك وشبهة الملك تسقط الحد كما يسقطها نصف الملك واما الولد فلان بينه وبين ابويه ولادا فلا يقطع كما لو سرق

الاب من الابن واما من سواهما من ذوي الارحام اذا سرق لا يقطع وقال الشافعي يقطع
لنا ان بينهما رحما كاملا فمنع القطع بالسرقة كالاب مع الابن فان قيل بينهما قرابة لا يتعلق
بها رد الشهادة فلا يتعلق بها سقوط القطع في السرقة اصله ابن العم قيل له ابن العم
عكس علينا لان قرابته غير كاملة الا ترى انه لا يحرم مناكحته وفي مسئلتنا بينهم رحم كامل
فافترقا قال وكذلك اذا سرق احد الزوجين للاخر وله قول ثالث ان الزوج يقطع والمراة
لا تقطع لنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان غلاما سرق مرآة لامراة سيده فقال ليس
عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى ولكل واحد من الزوجين ان
تبسط في مال الاخر في العادة فمنع ذلك وجوب القطع كالوالد مع الولد فان قيل هذا التبسط
يكون في المنزل وقد يحوز كل واحد منهما ماله عن الاخر قيل له هذا لا يمنع التبسط الذي يكون لكل
واحد منهما كما ان الاب قد يحوز ماله عن ابنه ولا يمنع التبسط فان قيل بينهما عقد على المنفعة
فلا يمنع القطع كعقد الاجارة قيل له هذا يبطل بما اذا سرق من البيت الذي هما فيه فان قيل
العقد لا يمنع وانما يمنع الاذن في دخول الحرز قيل له وكذلك عندنا الذي يسقط القطع
هو التبسط في المال لا العقد قال او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته
وذلك لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه ولان هؤلاء لهم تبسط في المنزل والدخول
بغير اذن وذلك يمنع وجوب القطع قال والمولى من مكاتبه وذلك لان مال المكاتب
موقوف عليه وعلى مولاه ومن سرق مالا موقوفا على ملكه لا يقطع كاحد المتبايعين اذا سرق
ما شرط فيه الخيار قال والسارق من المغنم وذلك لان له حقا فيه فصار كمال بيت المال
قال والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ فمتى سرق
شيئا من حرز او غير حرز وصاحبه عنده يحفظه وجب عليه القطع واما اعتبار الحرز
في وجوب القطع فقد بيناه والكلام في صفة الحرز والدور والبيوت حرز بنفسها وكذلك
الخيم وكل موضع محجر والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لا قطع في حريسة الجبل فاذا آواه المراح ففيه القطع فاوجب القطع بحكم الحرز الذي هو التحجير
ولم يفصل فاما المواضع التي ليست بمحجرة ولم تعد للاحراز فانها تكون حرزا بالحافظ والاصل
فيه ما روي ان صفوان نام في المسجد وتوسد رداءه فسرقه سارق من تحت راسه فقطعه
النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا قطع على من سرق من الحمام ومن بيت اذن للناس
في دخوله

في دخوله وقال الشافعي في السارق من الحمام اذا كان عند الثياب حافظ فعليه القطع لنا ان
الحمام حرز في نفسه بدليل انه مبني كالدور بدليل ان السارق منه ليلا يقطع وكذلك ان سرق
منه قبل عمارته وقبل الاذن للناس في دخوله واذا كان حرزا في نفسه لم يعتبر الحافظ
لان الحافظ يعتبر به ما ليس بحرز فاما الحرز فوجود الحافظ فيه وعدمه سواء وقد ثبت
انه لو سرق منه ما ليس عنده حافظ لا يقطع كذلك ما عنده حافظ ولا يشبه هذا المسجد
لانه ليس بحرز في نفسه فيصير حرزا بالحافظ فاما الدار التي اذن في دخولها فانها غير
محرزة عمن اذن له في الدخول فاخذه لا يكون سارقا وانما يكون خائنا والخائن لا يلزمه القطع
قال ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لما بينا ان ما ليس بحرز انما يصير
حرزا بالحافظ قال ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه وذلك لانه قد صار بالاذن
من جملة اهل البيت فاخذه لا يكون سرقة بل يكون خيانة وقد قال عليه السلام لا قطع
على خائن وكذلك ان سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل او من صندوق في الدار مقفل
اذا كان ذلك من جملة الدار وذلك لان الدار الواحدة حرز واحد بدليل ان السارق لو اخذ
من بعض البيوت وخرج الى الدار لم يقطع فاذا كان قد اذن له في دخولها خرج من ان يكون
حرزا في حقه فلذلك البيوت فان قيل روي ان اسود بات عند ابي بكر الصديق رضي الله
عنه فسرق حليا لهم فقطعه قيل له يجوز ان يكون سرق من دار النساء والداران اذا
اذن له في احداهما لا يسقط القطع فيما ياخذه من الاخرى قال واذا نقب اللص البيت
ودخل فاخذ المال وناوله اخر خارج البيت فلا قطع عليهما وهذا قول ابي حنيفة وحجة
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل وهو قول الشافعي وجه
قول ابي حنيفة ان الخارج لم يهتك الحرز فلا يجب عليه القطع واما الداخل فلانه
انفصل من الحرز وليس له على المال يد مشاهدة فلا يقطع كما لو استهلكه في الحرز ولا يلزم
اذا حمل المال لحال السراق لان فعل احدهم كفعلهم وكل واحد منهم يده ثابتة على المال
حال الانفصال له يد مشاهدة واذا ناوله غيره ثم خرج فعند الانفصال له يد حكمية فلا
يقطع كما لو اودع المال في الحرز عند رجل ثم خرج وجه قولهما ان يد الثاني قائمة
مقام يد الاول في الامساك فكانه خرج والمال في يده وقد قال ابو يوسف اذا ادخل
الخارج يده في الحرز واخذ من اللص الداخل قطعهما لان ادخال اليد يتعلق بها القطع ولم

يكن غيره فصار امشتركين في السرقة لان يده قايمة مقام يد الذي ناوله فيقطع قال
وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع في قولهم وقال زفر لا يقطع وجه قولهم ان
يده ثابتة عليه ما لم يحدث يد اخري بدليل ان من القا متاعه في الطريق فيده ثابتة عليه
فقد خرج من الحرز والمسروق في يده من طريق المشاهدة فيقطع والمسلة موضوعة
في انه القاه بحيث يراه وجه قول زفر انه لما القاه من الحرز لم يجب عليه القطع فلم يجب
ايجاب القطع عليه بعد ذلك الا تري ان المقصود هو الاخراج الاول فاذا حصل على وجه
لا يوجب القطع لم يوجد في الثاني ما يوجبه قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه
فاخرجه وذلك لانه في يده وقد انفصل من الحرز وله على المتاع يد مشاهدة فيقطع
كما لو حمله هو بنفسه وذكر في الاصل لو كان اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاخرج
المتاع ثم حملاه جميعا ان عرفت الداخل منهما بعينه قطعت يد الداخل منهما ودرات الحد
عن الاخر غير اني اعزره وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما ويعزران قال
واذا دخل جماعة الحرز فتولا بعضهم الاخذ قطعوا جميعا وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان لا يقطع الا الذي خرج بالمتاع وهو قول زفر وبه قال الشافعي لنا ان
الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ومقصود السارق ليس هذا الحمل وانما المقصود
هتك الحرز والتمكن من اخذ المال فلهذا لحمل المتاع اصاغرهم والحد يجب بحصول المقصود
وقد حصل ولا يلزم من نقب ووقف عند النقب بجميعهم لانه لم يهتك الحرز فان قيل
هتك الحرز حصل بنقبه قيل له بل بدخوله الا ترى ان باب الدار لو كان مفتوحا فدخل
السارق واخذ المال قطع وان لم يهتك بفتحه فان قيل المعاون لم ياخذ من الحرز شيا
فصار كما لو وقف خارج الحرز قيل له الاخذ اخذ به وقد وجد منه التمكين والاخذ
مضاف اليه كما يضاف اذا حمله على دابة وساقها قال ومن نقب البيت وادخل
يده فاخذ شيا لم يقطع وان ادخل يده في صندوق الصيرفي او في كم غيره فاخذ المال
قطع وقال ابو يوسف يقطع فيهما وهو قول الشافعي وجه قولهما انه لم يهتك
الحرز المقصود الا ترى ان الهتك المقصود من البيت دخوله ونقصان الهتك كنقصان
القدر لان كل واحد منهما شرط في القطع فاذا اثر نقصان احدهما في سقوط القطع فكذا
الاخر ولا يلزم من سرق من الكم ولا من صندوق الصيرفي لان هتك هذا الحرز لا يكون

دخوله وانما يكون ادخال اليد وقد وجد فان قيل اخرج نصابا من الحرز فصار كما لو دخل قيل
له اذا دخل فقد وجد الهتك المقصود فاذا اخذ المال قطع وفي مسالتنا لم يوجد الهتك
المقصود قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قطع السارق من الزند وامر ان يحسم وهذا بيان المراد الاية وانما يقطع يمينه
لان المراد من الاية ذلك لما روي الضحاك عن ابن عباس في قوله تعالى فاقطعوا ايديهما
قال ايمانهما وكذلك في قراة ابن مسعود وعن الحسن وابراهيم مثله قال وان
سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في الحبس حتى يتوب
وقال الشافعي تقطع في الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وفي الخامسة
يعزر ويحبس ولنا قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما والمراد ايمانهما على ما
بيناه والظاهر يقتضي ان لا يقطع في السرقة غير اليمنى الا ما قام عليه دليل لان الحدود
لا يجوز اثباتها الا بالتوقيف او بالاتفاق ولم يوجد ذلك في اليد اليسرى ولان اتلاف
منفعة الجنس لا يجوز بالسرقة اصله السرقة الاولى فان قيل روي الشافعي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قطع السارق على ما ذكره قيل له قد قال الطحاوي انه حديث
لا اصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا وهو ايضا
مرسل فلا يلزم العمل به على قول الشافعي وعلى قولنا ان نقاد اصحاب الحديث قد انكروه
فان قيل روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قطع يدا بعد يد قيل له روي عن علي رضي
الله عنه انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اني لاستحيي
ان ادعه ليست له يد ياكل ويستنجي بها ولا رجل يمشي بها فتعارضا ودل ايضا انه لم يصح
عن النبي صلى الله عليه وسلم خبر حتى انه لو صح لم تجز مخالفته فان قيل ما سقط القطع في
السرقة بقطعه كان محلا للقطع كاليمين بيان هذا ان الحد اذا لو قطع يده اليسرى سقط
القطع قيل له اليد اليمنى يجوز ان تستحق في قاطع الطريق اول مرة فجاز ان تستحق في
السرقة واليد اليسرى والرجل اليمنى لا تستحق في المرة الاولى من قاطع الطريق كذلك
لم تستحق في السرقة وان تكررت واذا ثبت انه لا يقطع في الثالثة والرابعة خلد في
الحبس لان الفعل المنكر لا بد له من زجر وقد سقط ذلك بالقطع ولم يبق الا الزجر بالحبس
والضرب قال واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى

لم تقطع لانا لو قطعناه ادي الي بطلان منفعة الجنس وذلك لا يجوز ان يستوفي السرقة
كما لو قطع قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة وذلك
لما روي ان عمر بن سمرة اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني سرقت
جملا لبني فلان فارسل النبي صلى الله عليه وسلم اليهم فقالوا انا نفقدنا جملا لنا فامر النبي
صلى الله عليه وسلم فقطع فلولا اعتبار المطالبة والا قطعه النبي صلى الله عليه وسلم
باقراره لان ما اقره في الظاهر ان ما لم يصدقه المقر له بدليل انه لو اقر به لغايب ثم اقر به
لحاضر جاز واذا لم يزل ملكه في الظاهر الا بالتصديق كان اقل احوال ذلك ان يكون شبهة
والقطع لا يصح مع الشبهة فلذلك اعتبر حضوره وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف اقطعه وجه قوله انه اقر بوجوب الحد فجواز ان يكذبه الغايب
لا يمنعه من اقامة الحد اصله اذا اقر بالزنا بامراة غايبة ان الحد يقام عليه في الحال
وان جاز ان يحضر فتدعي شبهة تسقط الحد قال وان وهبها من السارق او باعه اياها
او نقصت قيمتها عن النصاب لم يقطع اما الهبة والبيع فهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ان كان ذلك بعد الترافع لم يسقط القطع وهو قول الشافعي وجه قولهما ان
الهبة والقبض سبب للتمليك في العين المسروقة فوجب ان يسقط القطع كما لو اقر له بالعين
او قامت البينة انها للسارق ولان السبب الذي وقعت العقوبة لاجله انتقل الملك فيه
الى من وجبت العقوبة عليه فصار كمن لزمه قصاص فورثه فان قيل روي ان صفوان بن
امية نام في المسجد فسرق سارق رداه فجا الى النبي صلى الله عليه وسلم فامر به ان
يقطع يده فقال صفوان اني لم ارد هذا هو عليه صدقة فقال عليه السلام هلا
قبل ان تاتيني به قيل له هذا الخبر قد روي بالفاظ مختلفة المعاني واصله واحد
فوجب التوقيف حتى يعلم اصله ولو ثبت لم يكن فيه دليل لانه ليس في الخبر انه اقبضه
الهبة فبمجرد الهبة لا يسقط القطع حتى يقبل السارق ويقبض فيملك العين ويسقط
القطع بملكه واما اذا نقصت قيمة العين عن النصاب لم يقطع عند ابي يوسف حتى يكون
كاملة نصابا من يوم الاخذ الي يوم القطع وعنه رواية اخرى انه يقطع وهو قول
محمد وبه قال الشافعي وجه قول ابي يوسف ان بقا العين معتبرة في وجوب القطع
بدليل انه لو وهبها لم يقطع فيها فاذا نقصت قيمتها فقد طري على سبب الحد ما لو كان

موجودا في الابتدا منع القطع كما لو اقر بها للسارق وجه قول محمد ان القطع يتعلق بالاخراج
من الحرز فالنقصان بعد ذلك لا يوثر كنقصان قلنا هذا لا يصح لان الاجزا الناقصة مضمونة
على السارق فكانها باقية وضمان تلف جزء من العين كتلف جميعها وليس كذلك نقصان
القيمة لانه ليس بمضمون فلا يكون بمنزلة الباقي قال ومن سرق عينا فقطع فيها وردها
ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع وقال زفر يقطع وعن ابي يوسف مثله وهو قول
الشافعي لنا ان القول في القطع يتعلق بالعين والفعل بدليل ان القطع متى سقط بشبهة
وجب ضمان العين واذا كان ايقاع الفعل في عينين لا يتعلق به الا قطع واحد كذلك ايقاع
فعلين في عين واحدة ولانه حد وجب لهتك حرمة العين فتكرار فيها لا يتعلق به اكثر من حد
واحد كالقذف وجه قول ابي يوسف انها عين لو سرقها غير سارقها قطع فاذا سرقها
سارقها قطع اصله الغزل اذا قطع فيه ثم نسج واذا سرقها من ملك اخر قلنا عندنا
بالنسج نقضنا فالغزل في حكم عين اخرى فلا نسلم ان سارق الغزل هو سارق الثوب
واما اذا سرق من مالك اخر فاصحابنا بالعراق لا يسلمونه وبعض اصحابنا بخراسان
يسلمه ويفرق بان حرمة العين تكون بمالكها فصار اختلاف المالكين كاختلاف العينين
قال فان تغيرت عن حالها مثل ان لو كان غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد
فسرقه قطع وذلك لانها بهذا الفعل صارت في حكم عين اخرى بدليل ان حق المالك
يسقط عنها بدليل انه اذا فعله الغاصب ضمنها ومن قطع في عين فسرق غيرها قطع
قال واذا قطع السارق والعين قايمة ردها فان كانت هالكة لم يضمن اما رد العين
حال بقايها فلان النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق ردا صفوان ورد الردا عليه
ولانه ليس في رد العين امر ينافي القطع فجاز ان يجتمعا فان كانت هالكة لم يضمن وقال
الشافعي يضمن لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا قطع السارق
فلا غرم عليه ولان كل واحد يستقر به الضمان لا يتعلق بالبقا عليه القطع اصله اخذ
الغاصب فلو وجب الضمان في مسلتنا بالاخذ لم يجتمع معه القطع فان قيل القطع والقيمة
حقان لمستحقين فجاز اجتماعهما في فعل واحد اصله اذا قتل صيدا مملوكا فان وجب الجزا
والقيمة قيل له ان اردت تجواز اجتماع وجوبهما فلنا نوجبه لان السارق يجب عليه القطع
والضمان فكل واحد من الامرين مراعا فان استوفي القطع سقط الضمان لانه منافيه

وان استوفي الضمان سقط القطع وان اردت تجواز اجتماع الاستيفا انتقض بمن وجب عليه
القطع بالسرقة والقصاص والقتل بالقصاص والرجم **قال** فان ادعى السارق ان العين
المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وذلك لان القطع موقوف على الخصومة
في اثبات الملك للمسروق منه والقطع لا يقف على خصومة اخرى وقد قال ابو حنيفة ان
الموجر اذا سرق من المستاجر من الدار المستاجرة قطع وقال ابو يوسف ومحمد لا قطع عليه
وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان المستاجر احق بالحرز من الموجر بدلالة ان له
منعه من دخوله فصار كالسارق من ملك غيره ووجه قولهما ان الحرز ملكه فلا يجب بالسرقة
منه قطع كسرقة المال المشترك قيل له ملك الحرز هو ثبوت حقه في دخول المسجد وان
وجب عليه القطع بالسرقة منه واما اذا سرق المستاجر من الموجر وجب القطع في قولهم
لانه لا شبهة له في الحرز ولا في المال فلزم القطع وقد قال ابو حنيفة في الطرار اذا طر
الدراهم فان كانت مصرورة في داخل الكم قطع وان كانت في ظاهر الكم لم يقطع وقال
ابو يوسف يقطع في الوجهين وكان الشيخ ابو بكر الرازي يفسر قول ابي حنيفة متى كان
الرباط لو حل حصلت الدراهم على ظاهر الكم لم يقطع وان حصلت داخل الكم قطع ووجهه
ان الكم هو الحرز فان كانت بحيث لو حلت كانت من داخله فهو ماخوذ من حرز فيقطع ومتى
كانت على ظاهر الكم فذلك الموضع ليس بحرز الا ترى ان الاخذ منه لا يقف على ادخال
يده في الكم والاخذ من غير حرز لا يتعلق به قطع وكان ابن ابي مالك ذكر عن ابي يوسف تفسير
قول ابي حنيفة ويقول اذا كانت مصرورة من خارج فطرها من خارج قطع وان كانت من
داخل الكم فلا يقطع الا ان يدخل يده في الكم وهو خلاف الاول والوجه فيه انه اذا كانت
مربوطة خارج الكم فليس الكم حرزا لها الا ترى ان اخذها لا يقف على ادخال يده في الكم
وانما حرزها بالرباط فصار كالكيس يعلقه على كمه فاذا اخذ قطع واما اذا كانت داخل الكم
فحرزها الكم فما لم يدخل يده في الكم لا يقطع وجه قول ابي يوسف ان الرباط حرز لها وانه
ليس باكثر من دراهم مفرقة موضوعة بين يديه يجب فيها القطع **قال** واذا خرج
جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا
مالا ولا قتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة والاصل في حد قاطع الطريق قوله
سبحانه وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان

يقتلوا

يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض فكل من قصد
قطع الطريق وهو يمكنه ان يحمي نفسه فقد تناولته الاية لانه ساع في الارض بالفساد
ومحارب والمراد من الاية محاربة اولياء الله تعالى لان الله يستحيل ان يحارب فحذف
المضاف واقام المضاف اليه مقامه وقد قيل المراد انهم في حكم المحاربين لله لما جبروا واستولوا
وتظاهروا على خلاف امره وهذا اتساع في الكلام واستعارة وهو جائز شايع في الكلام قال
بعض الناس ان الاية خاص في المرتدين وليس بصحيح لان الله تعالى علق القتل باظهار الفساد
وبالمحاربة وقتل المرتدين لا يقف على ذلك لان الاية تقتضي انه يجوز ان يقتصر فيه على النفي
وعلى قطع اليد وذلك لا يكون في المرتد ولان الاية تقتضي سقوط الحد عنه بالتوبة قبل القدرة
عليه والمرتد يسقط عنه القتل بالتوبة قبل القدرة عليه وبعدها فدل انها تتناول غير
المرتدين وقد روي ان سبب نزولها ما كان من فعل النبي صلى الله عليه وسلم بالعرنيين وليس
بصحيح لان الاية انزلت بعد ما مضى الحكم فيهم فيستحيل ان يكون حكمهم مستفادا بالاية
لان النبي صلى الله عليه وسلم سمل اعينهم وليس ذلك في الاية وفي الاية الصلب ولم يفعل
بهم وقد روي ان سبب نزولها ان قوما خرجوا الى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلموا فقتلهم
اصحاب ابي بردة الاسلمي وكان موادعا للنبي صلى الله عليه وسلم واخذوا اموالهم واي ذلك
كان فانه لا يجب ان يقتصر بالحكم على السبب بل عندنا الحكم يتعلق بعموم اللفظ لا بخصوص السبب
واللفظ عام في المسلم والكافر فيحمل على عمومه واذا ثبت هذا قلنا اذا اخذوا قبل ان ياخذوا
مالا ولا قتلوا قبل ان يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة لانهم هموا بالمعصية
فلا يلزمهم القتل بذلك كالعزم على ساير المعاصي بل يحبس وهذا معنى قوله او ينفوا من
الارض وقال الشافعي النفي طلب قاطع الطريق ليقام عليه الحد ويحبس ان كان لم يفعل
شيا فكلما خرج الى بلد طلب فيه حتى يلحق بدار الحرب وهذا لا يصح لان في اخراج المسلم من
دار الاسلام تعريضا له بالكفر والردة وذلك لا يجوز ولانه فعل فعلا منكرا لا حد فيه
وعقوبة مثل ذلك التعزير والحبس اذا حملنا النفي على ذلك فقد حملنا الاية على ما يشهد له
الاصول والطلب لا يشهد له اصل وحمل الاية على شواهد الاصول اولى فان قيل الحبس لا
يسمى نفيا وانما النفي الابعاد وهو مما نقوله قيل له الحبس قد يسمى نفيا وقد قال علي بن الجهم في
ذلك: خرجنا من الدنيا ولسنا من اهلها ... فلا نحن في الاحيا فيها ولا الموتى: **قال**

اذا جانا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا وهو ايضا ابعاد الاسترى ان المحبوس ممنوع من جميع الاماكن التي تمكن من القطع فيها فكان ابلغ الابعاد النفي لانه ينقطع في كل موضع يحصل فيه **قال** وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم علي جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف والكلام في هذه الجملة يقع في مسايل منها ان قطع الطريق علي الذمي يتعلق به الحد كالمسلم لان مال الذمي محظور علي التابيد فصار كمال المسلم ومنها اعتبار النصاب وهي عشرة وقال الحسن بن زياد عشرون ووجه قول اصحابنا ان حد قاطع الطريق وجب صيانة للاموال بيين ذلك ان قاطع الطريق لا يخرج للقتل بل لاخذ المال وانما يقتل ليتمكن من المال والحد الذي يجب لاجل المال يعتبر فيه نصاب ويعتبر ويتقدر بعشرة اصله السرقة ووجه قول الحسن ان في السرقة يقطع طرف واحد بعشرة فاذا كان قاطع الطريق قطع طرفين وجب ان يشترط نصابين ومنها ان الاحكام المذكورة في الاية علي الترتيب لا علي التخيير وان كان ظاهر اللفظ التخيير وقد روى عطية العوفي عن ابن عباس ان الحد علي الترتيب وعن ابرهيم مثله ولانه لو كان علي التخيير جاز للامام ان يقتصر علي النفي في حد القاتل لاخذ المال وهذا لا يقوله احد ولان من خرج ولم يفعل شيا فقصدهم بالمعصية وذلك لا يوجب القتل كالعزم علي ساير المعاصي واذا ثبت ان ساير احكام الاية ليست علي التخيير صار التقدير ان يقتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او ينفوا من الارض اذا خافوا السبيل وهذا معني صحيح لانه اذا اخذ المال خاصة كان حد القطع كما يكون في غير قاطع الطريق الا انه يغلظ في حق قاطع الطريق وان قطعوا تعلق به القطع اعتبارا بالقصاص وان قتلوا واخذوا المال وجب عليهم القطع والقتل فيتعلق كل واحد بنوعه من الافعال **قال** وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا فان عفي الاوليا لم يلتفت الي عفوهم لان هذا الحد ثبت لحق الله تعالي وما وجب لحق الله تعالي لا يوثر فيه عفو الادمي وقد قالوا ليس للامام تركه اذا ثبت عنده لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لا ينبغي لوالي حد اتي في حد من حدود الله تعالي الا اقامه وقال عليه السلام تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفع الي الامام فلا عفي الله عنه ان عفي **قال** وان قتلوا

واخذوا

واخذوا مالا فالامام بالخيار ان شا قطع ايديهم وارجلهم وقتلهم وصلبهم وان شا قتلهم وان شا صلبهم وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا اعفيه من الصلب وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل ويصلب وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في القطع ان القتل والقطع في قاطع الطريق حد واحد بدليل انهما يجبان بمعني واحد وهو ما يحصل من اخافة السبيل وفساد الارض ولانه يقتل ليتمكن من اخذ المال واذا كان ذلك حدا لم يقم بعضه مقام بعض كالجلدات في حد الزاني فان قيل لو كان كذلك لم يجز للامام ان يقتصر علي القتل قيل له لا يجوز الا ان الترتيب لا يجب علي الامام فاذا ابتدا بالقتل سقط القطع من طريق الحكم لتعذره وجه قول محمد ان ما دون النفس يدخل في النفس اذا اجتمعا لحق الله تعالي يسقط اعتبار ما دون النفس اصله السارق اذا زنا اذا زنا وهو محصن والجواب ان الزاني السارق اجتمع فيه حدان فتداخلا فليس كذلك في مسلتنا لانه حد واحد علي ما بينا فلا يقوم بعضه مقام بعض وقد قال زفر ان قتل ثم اخذ المال لم يقطع لانه اخذ المال لا علي وجه المغالبة فصار كمن اخذ مالا من مفازة ليس عنده احد وان اخذ المال ثم قتل جمع بين القطع والقتل لانه وجب عليه القطع بالاخذ ثم لزمه القتل بالقتل فجمع بينهما واما جواز ترك الصلب فوجه قول ابي حنيفة ومحمد ان النبي صلي الله عليه وسلم لم يصلب العرنيين مع تنكيله بهم ولان المقصود القتل وقد حصل ولا معني لاعتبار غيره ووجه قول ابي يوسف ان الله تعالي قد نص علي الصلب فدل انه مقصود فلا يجوز تركه كما لا يجوز ترك غيره مما نص عليه **قال** يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الي ان يموت ذكر ذلك الشيخ ابو الحسن وحكاه عن ابي يوسف وقد ذكر الطحاوي قال ان الصلب بعد القتل عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي وجه ما ذكره الطحاوي ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن المثلة ولان في صلبه حيا زيادة المثلة علي ما ورد به الشرع فلا يجوز فعله كما لا يجوز تركه حيا مصلوبا حتي يموت وجه ما ذكره في الكتاب ان الله تعالي نص علي الصلب في جملة الحد وما كان حدا فالواجب فعله في حال الحيوة كغير ذلك مما نص عليه **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لان المقصود منه اشتهار امره ليقع به الزجر وذلك يحصل بثلثة ايام وبعد ذلك يتغير فيستضر الناس فكان دفنه اولي **قال** وان كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين وصار القتل الي الاوليا ان شاوا قتلوا وان شاوا عفوا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد

وزفر

وقال ابو يوسف ان باشر الصبي والمجنون فلا حد على الباقين وان كان باشر الفعل الاجنبي
البالغ اجري عليه الحد وجه قولهما ان المعاونة في المحاربة بمنزلة المباشرة بدليل يجري الحد
على المعين فصار حضور الصبي كمباشرته فسقط الحد عن جماعتهم لان الصبي لا يلزمه الحد فقد
شاركهم في سبب الحد من لا حد له بنفس الفعل فصار شبهة في سقوط الحد عن جماعتهم كالمخطي
والعامد اذا اشتركا وجه قول ابي يوسف ان الحد يجب بالقتل واخذ المال وقد حصل ذلك بفعل
البالغ فحضور الصبي كلا حضور وليس كذلك اذا باشر الفعل الصبي لانه لما لم يتعلق بفعله صار
شبهة في سقوط الحد عن الباقين وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول انه لو كان فيهم ذو رحم
محرم محمول على ان المال الماخوذ مشترك بين من قطع عليهم فان كان لكل واحد مال
معروف فان الحد يجري عليهم لان الاخذ من ذوي الرحم لا يتعلق به حد والاخذ من غيره
يتعلق به الحد وهو احد مفرد فصار كجماعة سرقوا مالا لاحدهم فيه شركة واذا سقط
الحد عنهم ان كان فيهم صبي ومجنون بقي حق الادمي وان كان قتل عمدا وجب القصاص
وان كانت غير ذلك وجبت الدية وان كان الاخذ لمال تعلق به الضمان فان كسر وان
باشر الفعل واحد منهم اجري الحد على جماعتهم وقال الشافعي خاصة لنا انه حكم
يتعلق باخذ المال على وجه المغالبة فاستوى فيه المباشر والردء كالغنيمة فان
قيل حد يجب بارتكاب معصية فلا يجب على المعين كحد الزنا قيل له المقصود من اسباب
هذا الحد اللازم وذلك لا يحصل للمعين والمقصود من قطع الطريق يوجد من المعين وهو
المكين فجري عليه الحد وقد قال ابو حنيفة ومحمد لا يجري حد قاطع الطريق على من
اخذ المال في المصر ليلا ولا نهارا وقال ابو يوسف الامصار وغيرها سوا اذا كانت
لهم عليه وبه قال الشافعي وجه قولهما ان الامصار يلحق الغوث فيها غالبا فيخرج الفعل
من حد المغالبة ويصير كالانتهاب فلا يتعلق به الحد وجه قول ابي يوسف انه حد فيستوي
في شبه المصر وغيره كالزنا الجواب ان عندنا لا يختلف بالمصر وغيره وانما يختلف
بالتمكن والغلبة وذلك يحصل في غير المصر فيتعلق به الحد والمشهور عند اصحابنا ان
المراة لا يجري عليها حد قاطع الطريق وقال الطحاوي النسا كالرجال وهو قول
الشافعي وجه قولهم ان الحد يتعلق بالمحاربة والمغالبة وفعل المراة لا يتعلق به القتال
فلا حكم له اصله اذا حضرت الوقعة انه لا يسهم لها وان قاتلت وجه ما ذكره الطحاوي

ان الحد لا يختلف فيه الرجل والمراة كساير الحدود واذا ثبت هذا قلنا اذا شاركها غيرها
سقط عنه الحد لانه شاركه في سبب الحد من لا حد عليه بنفس الفعل وعلى قول ابي يوسف
عليه الحد ان باشر الرجل الاخذ كما بيناه في الصبي والمجنون واذا تاب قاطع الطريق قبل
ان يقدر عليه سقط الحد عنه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا
ان الله غفور رحيم ولما روي ان حارثة بن زيد قطع الطريق ثم تاب قبل ان يقدر عليه
فكتب علي بن ابي طالب رضي الله عنه الى عامل البصرة ان حارثة بن زيد خرج محاربا لله تعالى
ولرسوله ثم تاب واصلح قبل ان يقدر عليه فلا تعرض عليه الا بخير **باب الاشربة**
اعلم ان الكلام في هذا الباب يقع في بيان ما ورد الشرع بتحريمه من الاشربة وما بقي على اباحته في الاصل
اعلم ان الاشيا كلها عندنا على الاباحة في الاصل الا ما كان فيه ادخال الضرر على الحيوان والاشربة
كلها مباحة بالعقل الا ما ورد الشرع بتحريمه **قال** رحمه الله الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهو
عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثه ونقيع
التمر والزبيب اذا اشتد والاصل في تحريم الخمر ما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال
اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير
ومنافع للناس فقال اللهم بين لنا بيانا شافيا فنزل قوله تعالى انما حرم ربي الفواحش الاية
فقال اللهم بين لنا بيانا شافيا فنزل قوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه الى قوله فهل انتم منتهون فقال عمر انتهينا ولان تحريم الخمر
معلوم من دين النبي صلى الله عليه وسلم ضرورة وانه كان يدعوا الى ذلك ويتدين به كما علم ذلك
من دينه في وجوب الصلاة وصوم رمضان فاما صفتها فالذي ذكره في الكتاب هو قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي خمر اذا اشتدت وان لم تقذف بالزبد وجه قول
ابي حنيفة ان الاصل في العصير الاباحة والتحريم يثبت بدليل شرعي وقد دلت الدلالة على تحريمه
اذا قذف بالزبد وما قبل ذلك على اصل الاباحة ولانها لا تبلغ غايتها والحد يجب بالمقصود من كل
نوع فما لم تبلغ الغاية بقذف الزبد فهو كما قبل الغليان فلا يجب الحد وجه قولهما ان الحكم يتعلق
بحدوث الشدة وذلك موجود اذا غلى العصير فاما قذفه بالزبد فانما يعتبر لبريق وبصفوا
وعدم هذا المعنى لا يمنع التحريم كما ذا عرفنا الخمر على القولين جميعا وعرفنا تحريمها قلنا ان التحريم
يتعلق بقليلها وكثيرها صرفا وممزوجة لعموم الدلالة في القليل والكثير ولان التحريم

متعلق عندنا بالاسم وهو معنى قول بن عباس حرمت الخمر لعينها والمسكر من كل شراب والاسم موجود في القليل والكثير فاما الممزوج اذا كان الما غالبا عليه حتى زال طعمها وريحها فلا حد في شربها لان المقصود بالشرب قد زال بذلك التغير والحد يجب في المقصود من كل نوع الا ان شربها حرام لان الحظر والاباحة اذا اجتمعا غُلِّبَ الحظر ولانها نجاسة والنجاسة اذا حلت الما لا يجوز شربه فاما العصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه فحرام وقال حماد بن ابي سليمان اذا طبخ حتى ينضج فهو مباح وقد قال بذلك بشر المريسي وغيره لنا ما روى الشعبي عن جابر بن الحصين الاسدي ان عمارا اتاه كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه يامره ان يامر المسلمين بشرب العصير الذي قد طبخ وذهب ثلثاه وبقي ثلثه لان عمارا اشربه وامر الناس بشربه وقال هذا شراب لم نكن نشربه حتى امرنا امير المومنين عمر رضي الله عنه وعن داود بن ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلا الذي احله عمر للناس ما هو قال الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه واذا ثبت انه اعتبر في ذلك ذهاب الثلثين وكتب به الى الامصار وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف دل على ان حد الاباحة ذهاب ثلثيه فما دون ذلك على التحريم ولان العصير انما يصاد في طبخه بقصد به اصلاحه حتى لا يفسد بالبقا واستصلاحها يجوز ان يكون سببا لاباحتها وقد استفدنا من الاخبار التي ذكرنا اباحة ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فان قيل عمر انما اباح دفع ضرر الطعام لانه قيل له انه لا يسكر قيل له هذا لا يصح لان عمر قصد باباحتها دفع ضرر الطعام وذلك لا يكون الا مع النبيذ فان قيل روي عن عمر انه قال حين راه ذهب حظ الشيطان منه وروي انه قال ذهب شيطانه وريح جنونه وهذا يدل على زوال الاسكار منه قيل له لم يرد ذلك وانما اراد زوال المعنى الموجب للتحريم وهذا معنى قوله ذهب حظ الشيطان منه واما نقيع التمر والزبيب اذا اشتد فحرام خلاف ما قاله شريك انها حلال لنا قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين ومن للابتدا فاقتضى ذلك ان ما كان منهما على وجه الابتدا حرام وقد روي عن ابن مسعود انه سيل عن السكر نتداوي به فقال ما كان الله ليجعل شفاكم فيما حرم عليكم والسكر هو نقيع التمر والزبيب ومذهب عبد الله بن مسعود مشهور معلوم في اباحة نبيذ التمر فاذا قال ان الله تعالى حرم الذي علم انه اعتقد اباحه المطبوخ وهذا الخبر ايضا يدل على صحة قول ابي حنيفة في اعتبار الطبخ وفساد قول من قال ان ابا حنيفة

خالف

خالف الاجماع في اعتبار الطبخ في الاوجه لانه موافق لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه

قال ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخ حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب في ظنه انه لا يسكرهم من غير لهو ولا طرب وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال الشافعي ما اسكر كثيره فقليله حرام وجه قول ابي حنيفة حديث نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بقدح فقربه الى فيه ثم رده فقال بعض جلسايه احرام هو يا رسول الله فقال ردوه ودعا بما فصبه عليه ثم شرب منه ثم قال انظروا هذه الاشربة اذا اغتلمت عليكم فاقطعوا متونها بالما فان قيل كان حامضا قيل هذا لا يصح لانه انما يقال اغتلم من الشدة لا من الحموضة ولان الخل لا يشربه الناس وقد روي بن مسعود الانصاري ان النبي صلى الله عليه وسلم عطش وهو يطوف بالبيت فاستسقى فاتي بنبيذ من السقاية فشمه فقطب وقال علي بذنوب من ما زمزم فصب عليه وشرب وذكر بن قتيبة في كتاب الاشربة باسناده عن زيد بن علي انه شرب واصحابه نبيذا شديدا في وليمة فقيل له حدثنا بحديث سمعته من ابيك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال حدثني ابي عن جدي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم اجمعين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تنزل امتي على منازل بني اسرايل حذو القذة بالقذة والنعل بالنعل الى ان قال ان الله تعالى ابتلى بني اسرايل بنهر طالوت فاحل فيه الغرفة وحرم منه الري الا وان الله تعالى جعل فيكم النبيذ احل منه الري وحرم منه السكر وقد روي من طرق كثيرة مختلفة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن الاوعية ثم رايت انها لا تحرم شيا فانتبذوا واشربوا ولا تشربوا مسكرا ووجه الدليل ان النهي عن الاوعية كان لما يحدث فيها من الشدة ثم اباح الانتباذ فدل على اباحة المشتد بعد الحظر ما لم يسكر ولانه يستحيل ان يقول احكم بشرب ما لا انكار فيه واجتنبوا المسكر وانما يصح هذا الكلام في المسكر فيباح منه القليل ويحرم منه الكثير السكر وعن عمر رضي الله عنه انه قال انا ناكل لحم الجزور ونشرب النبيذ الشديد ليقطعه في بطوننا وروي انه اتي بسكران فقال انما شربت من اداوتك فطلب له مخرجا فلم يجد فحدهم اخذ الاداوة فشرب منها وقطب وعن عبد الله بن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم وحضرت اباحته وغبتم فحكى اباحته بعد الحظر والاباحة لا تكون الا من صاحب الشريعة وعن الشعبي قال رزق علي بن ابي طالب رضي الله عنه طلا من طلا عانات فشرب منه رجل

نسكر بقليله وقال عبد الرحمن بن ابي ليلي شربت عند علي رضوان الله عليه نبيذا فخرجت
من عنده عند المغرب فارسل معي قنبر يهديني الي بيتنا واباحة النبيذ امر مشهور عند
فقها الكوفه والبصره وكان امرا ظاهرا في اصحاب علي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان
الاشربة كانت كثيرة بالمدينة من غير العنب وكانت الخمر قليلة لانها كانت تجلب اليهم من الشا
وبيان الاحكام بحسب الحاجة وتحريم ساير الاشربة كتحريم الخمر عند المخالف فكانت الحاجة
الي بيان ساير الاشربة كالحاجة الي بيان تحريم الخمر بل اقوي لشدة حاجتهم اليها فلما وجدنا تحريم
الخمر من طريق مقطوع به يقع العلم به ويكفر جاحده ولم يوجد مثل ذلك في النبيذ علمنا ان حكمها
مختلف في التحريم فان قال المخالف ان ساير الاشربة محرمة بتحريم الخمر لان اسم الخمر يتناول
كل شراب مسكر قيل له هذا غلط لان الاسما طريقها النقل وقد وجدنا العرب سمت عصير
العنب المشتد خمرا وسموا غير ذلك نبيذا وفضيخا ونقيعا من الذرة وتخصيص كل واحد باسم
يدل علي انه لا يسمي باسم الاخر وهذه الطريقه هي التي يعرف بها الفرق بين المسميات
واهل اللغة هم السفرا بيننا وبين العرب وقد بينوا ذلك في كتبهم وهو مشهور عندهم في
كتبهم واشعارهم ولان الامة اجتمعت علي تحريم الخمر وتكفير مستحلها واجمعوا ان مستحل
غير الخمر لا يكفر فدل علي ان احدهما غير الاخر ولانهم اجمعوا علي تحريم الخمر واختلفوا في تحريم
النبيذ وموضع الاجماع غير موضع الخلاف فان قيل الخمر انما سميت خمرا لمخامرة العقل
وهذا موجود في النبيذ قيل له هذا غلط بل الخمر انما سميت خمرا للخمرة ولو سلمنا ما قالوه
لم يلزم ان تطرد العله يبين ذلك ان العرب سمت الفرس اذا اجتمع فيه البياض والسواد
ابلق ولم يقولون للثوب ابلق وسموا النجم نجما لظهوره يقال نجم اذا ظهر ولم يسموا
كل ظاهر نجما فلا يمتنع ان يسموا الخمر خمرا لمخامرتها العقل ولا يسموا كلما خامر العقل خمرا
فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر خمر قيل له روي عن يحيي بن معين
ان هذا لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو ثبت لم يكن فيه دليل لان النبي صلى
الله عليه وسلم لا يعلمنا الاسامي وانما يعلمنا الاحكام فكانه قال ما اسكر كثيره فحكمه
حكم الخمر وكذلك معني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من الكرم والنخل والحنطه والشعير
والذرة فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر حرام وما اسكر
كثيره فقليله حرام قيل له يحتمل ان يكون قال ذلك قبل الاباحة وقد بينا في حديث ابن مسعود

ان

ان الاباحة حدثت بعد الحظر ولان المسكر ما حدث عنده السكر كما ان المولم ما حدث عنده الالم
والسكر انما يكون بالقدح الاخير دون غيره واليسير لا يسمي مسكرا لما لم يحدث عنده السكر
كما لا يقال لليسير الطعام مشبع وان حدث الشبع منه مع غيره ولان قوله ما اسكر كثيره
فقليله حرام صحيح علي قولنا لانه اذا شرب الكثير سكر والمحرم ما حدث عنده السكر وهو
قليل وما قبل ذلك غير محرم ففي الحقيقة المحرم هو اليسير مما يسكر كثيره فان قيل السكر
لا يقع بالقدح الاخير لانه قد تقدم غيره عليه فصار السكر بالجميع قيل له لا يمنع ان يكون الاول
سببا ويكون العلة ما يليها وبها الحكم وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ما يوافق ذلك
وهو قوله الكاس المسكرة هي الحرام فان قيل المطربية سبب التحريم الدليل علي ذلك الخمر قيل
له الخمر لا يجوز ان تكون حرمت لهذه العلة الا تري ان قليلها وكثيرها حرام وهذه العلة لا توجد
في القليل وقد سلك بعض الجهال في هذه المسله طريقه قصد بها التشنيع والتشوق عند
العوام لما ضاق عليه طريق الحجة فقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليشربن
اناس من امتي الخمر ويسمونها باسما قال هذا القايل وهم اصحاب ابي حنيفة وهذا كلام
جاهل بالاحكام والنقل والاثار ومتعصب قليل الورع لا يبالي ما قال ثم يقال لهذا
القايل ما رميت بهذا القول اصحاب ابي حنيفة وانما السلف الصالح اردت بذلك ولم يمكنك
التصريح بذلك لان اصحاب ابي حنيفة لم يبتدعوا في ذلك قولا بل قالوا ما قاله ايمة اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه التابعين وزهادهم وكيف يظن بعلي وعثمان
وابن مسعود وابن عباس وعمار بن ياسر رضي الله عنهم وعلقمة والاسود وابراهيم
انهم شربوا الخمر غلطا في اسمها حتي استدرك عليهم هذا القايل حقيقة الاسم ويحسن
الظن بنفسه ويسي الظن بسلفه ان هذا الجراة في الدين واذا ثبت من اصل ابي حنيفة تحليل
ذلك اعتبر ان يشرب ما يغلب علي ظنه انه لا يسكره لان السكر حرام وما دونه حلال
ولا طريق الي معرفة ذلك الا غلبة الظن **قال** من غير لهو ولا طرب لان ذلك حرام
وما يتوصل به الي الحرام حرام **قال** ولا باس بالخليطين رواه الحسن عن ابي حنيفة
وصفته التمر والزبيب او الزبيب والتمر والعنب والاصل في ذلك ان كل واحد منهما يجوز
ان ينتبذ علي الانفراد فكذلك اذا اجتمعا ويجب ان يعتبر في الزبيب والعنب اذا خلطا ان
يذهب ثلثاه كما يعتبر اذا طبخ العنب علي حياله وحده **قال** ونبيذ العسل والتين والحنطة

والشعير والذرة حلال وان لم يطبخ وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين
فخص التحريم بهما ولان هذه الاطعمة مقتات فلا معتبر بما يحدث فيها من النبذ والسكر كما لا يعتبر السكر الذي
يوجد في الخبز في بعض البلاد والسكر الذي يوجد في اللبن **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وقد بينا ذلك وهذا كله بيان مذهب ابي حنيفة فاما ابو
يوسف ومحمد فقد كانا يقولان في النبيذ المطبوخ اذا كان لا يفسد بالبقاء عشرة ايام فصاعدا
فهو حرام وان كان يفسد فهو مباح وان اشتد ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة روى
رجوعه محمد وبشر بن الوليد ومعلى واما محمد فروي عنه انه وقف في ذلك وقال لا
احرمه ولا ابيحه واذا طبخ العصير حتى ذهب نصفه فروى الحسن عن ابي يوسف كما هو شربه
لان عمر رضي الله عنه شرط في اباحته ذهاب ثلثيه قال ولا حد فيه لانه ليس بخمر **قال**
ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت وذلك لحديث ابي بريدة عن ابيه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن ثلاث زيارة القبور فزوروها فان محمدا قد اذن له في زيارة
قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلث فامسكوها ما بدا لكم
وتزودوا فانما انما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم وعن الانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت
فاشربوا في كل ظرف فان ظرفا لا يحل شيا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر **قال** واذا تخللت
الخمرة حلت سوا صارت خلا بنفسها او بشي طرح فيها وقال الشافعي لا يجوز تخليلها فان خللها
لم تطهر لنا حديث ميمونة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في جلد الميتة الدباغ يحله كما يحل
الخمر فتحل ولانها عين لو تخللت حلت فاذا صارت خلا بفعل الادمي حلت كالعصير ولان الاسباب
لما طهرت هذه العين بنفسها طهرتها وان توصل الادمي الى ذلك كالدباغ فان قيل روي عن
ابي طلحة قال كان عندي مال لايتام فابتعت به خمرا ثم حرمت الخمر فاخبرت بذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال اهرقها قلت فاخللها قال لا قيل له هذا يحتمل ان يكون
امر بذلك لقرب العهد بالتحريم واعتاد الناس بشربها فلم يامر اذا ابقيت ان تدعو النفس
اليها فاراد حسم المادة فيها وان كانت لو بقيت حتى تخللت فصارت مالا مباحا حلت بالاجماع
ومثل ذلك جايز ان يفعله اذا كان فيه مصلحة عامة كما امر صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب
لما دخل المدينة لا لعلم بها وان جاز تركها للصيد والحفظ لكنه حسم المادة في ابتدا التحريم
وقد روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان اذا راى اللبن في السوق يباع وقد غش
شيء

بشيء اراقه لما بينا فيبين ذلك ان بيعه جايز به اذا بين عيبه وامساكه جايز يبين صحة هذا التاويل ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لابي طلحة لما امره باراقتها فاذا اجانا مال عوضناهم فكانه امرهم
باراقتها لمصلحة المسلمين فكان فيها معنى المال باقيا ووعد بتعويضهم **قال** ولا يكره تخليلها لانه
يوصل الى زوال المعنى المحرم للعين وذلك غير مكروه كالدباغ وليس في ذلك انتفاع بالخمر
لان الانتفاع بها يكون اذا صارت خلا كما ان الانتفاع بجلد الميتة يحصل بعد طهارته والدباغ
يتوصل به الى ذلك كذلك التخليل

كتاب الصيد والذبايح

الاصل في جواز الصيد قوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما فاحل الله تعالى صيد البحر عاما للحلال والحرام وحرم صيد البر على المحرم
واحله للحلال وقال تعالى واذا حللتم فاصطادوا فدل ذلك على جواز الاصطياد في الجملة
ولم يبين ما يوكل من ذلك وقد بين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم على ما ياتي فيما بعد وقد استفدنا
بعموم الاية جواز صيد ما يوكل وما لا يوكل لينتفع بجلده وشعره ووبره وعظمه **قال**
رحمه الله يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وذلك لقوله
تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين قيل في التاويل الجوارح التي تجرح وقيل الجوارح الكواسب ومنه
قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار فاذا حملت الاية على ما له جارحة تكتسب بها كان ذا ولى لاجتماع
الامرين وهذا موجود في الكلب والفهد والبازي وغير ذلك من الجوارح وقد قال صلى الله عليه
وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فدل على جواز الاصطياد بالكلب واما
اعتبار التعليم في الجارحة فلقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله وقال صلى الله عليه وسلم اذا
ارسلت كلبك المعلم فاعتبر التعليم في الاباحة **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث
مرات والاصل في ذلك ما روي عن ابن عباس انه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل وتعليم
البازي ان يجيبك اذا دعوته ولان هذا امر يرجع فيه الى اهل الصنعة وهم يعدون ذلك تعليما
الا ترى انهم يضربونه حتى يتعود ترك الاكل واما اعتبار تكرار الترك فلانه يجوز ان يكون اول
من يترك الاكل للشبع فاعتبر تكرار ذلك لانه لا يتفق في العادة ان يصيد ثلث مرات
ويمسك عن الاكل للشبع وانما اقتصروا في التكرار على ثلث مرات لان الثلاث موضوعة
في الاعتبار في حد التلت ولهذا قال موسى للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة ان سالتك عن شيء
بعدها فلا تصاحبني وعن عمر رضي الله عنه انه قال من اتجر في شيء ثلث مرات فلم يربح فلينتقل

الي غيره واختلفوا فيما صاده في المرة الثالثة فقال ابو يوسف ومحمد لا يوكل ويوكل ما بعد ذلك لانه يصير معلما بترك الاكل ثلثا فما صاده بعد ذلك فهو صيد جارح معلم فيوكل وما كان قبل ذلك فالتعليم غير معلوم فلم يوكل وقد روي الحسن عن ابي حنيفة ان الثالث يوكل لان ترك الاكل في المرة الثالثة دل علي التعليم فصار ذلك صيد جارحة معلمة فاحل كما يوكل بعد ذلك **قال** وتعليم البازي ان يرجع اذا دعوته لحديث بن عباس ولان المرجع في معرفة ذلك الي اهل الصنعة وهم يعدون ذلك تعليما **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازه او صقره وذكر اسم الله علیه عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله وذلك لقوله صلي الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالي عليه فكل فاعتبر الارسال في الاباحة لان الارسال قد اقيم مقام الذكوة باعتبار التسمية عنده واذا كان كذلك لم يكن بد من اعتباره واما اعتبار التسمية فلقوله تعالي فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه وقوله صلي الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل واما اعتبار الجرح فلما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال في صيد المعراض اذا خرق فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ وهذا هو المشهور من المذهب وقد روي عن ابي حنيفة ان الكلب اذا خنقه اكل لان الكلب قد يتوصل الي اخذه بالجرح وقد يتوصل بغيره فكان موته عليه كالجرح في غير موضع الجرح **قال** وان اكل منه الكلب لم يوكل وقال الشافعي في احد قوليه يوكل وقد روي مثل قولنا عن علي عليه السلام وابن عباس وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم لنا قوله تعالي وما علمتم من الجوارح مكلبين فشرط التعليم وتعليم الكلب يكون بترك الاكل وقد دل ما روي عن بن عباس انه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل وتعليم البازي ان يجيبك اذا دعوته ولما روي عدي بن حاتم ان النبي صلي الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالي عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل فانما امسك علي نفسه ولان ترك الاكل شرط في الاباحة للصيد الاول فكان شرطا في اباحة ما بعده واصله الارسال فان قيل جارحة اكل من الصيد فلا يمنع الاكل كالبازي اذا اكل قيل له الاكل عندنا لا يمنع وانما المانع فقد التعليم واكل الكلب يدل علي فقد التعليم واكل البازي لا يعلن ضربه وانما يعود العود الي صاحبه والاكل من الصيد فصار اكله دلالة علي التعليم بخلاف الكلب **قال** وان اكل منه البازي اكل وقال الشافعي في قوله الجديد لا يوكل لان البازي تعليمه اذا دعي اجيب وتعود الاكل من الصيد وما كان من جهة التعليم لا يحرم به الاكل فان قيل لو كان جهة للتعليم وجب ان لا يوكل صيده واذا لم يوكل قيل له ليس الاكل هو التعليم حتي يكون تركه يدل علي فقد التعليم وانما هو احد طرق التعليم قالوا جارحة اكل من الصيد قبل ثبوت يد صاحبه عليه فلا يوكل كالكلب وقد قال ابو حنيفة ان الكلب اذا اكل حرم ما تقدم من صيوده وقال ابو يوسف ومحمد يحرم ما اكل منه خاصة وهو قول الشافعي علي القول الذي يقول اكل الكلب يحرم وجه قول ابي حنيفة قوله صلي الله عليه وسلم في حديث عدي بن حاتم وان اكل منه فلا تاكل فانما امسك علي نفسه فجعل الاكل علما علي نفي التعليم وصيد ما ليس بمعلم لا يوكل فان قيل ترك الاكل شرط في اباحة صيده كما ان اسلام المرسل شرط ولو ارتد المسلم بعد الصيد لم يوثر في صيوده المتقدمة كذلك اكل الكلب قيل له الردة لا توثر فيما تقدم من الاعتقاد فلا يستند الردة الي حالة سابقة فلم تقدح فيه فيما تقدم واكل الكلب يدل علي عدم التعليم وذلك يوثر فيما تقدم فان قيل اذا جاز ان يتعلم الادمي شيئا ثم ينساه جاز ان يكون الكلب كذلك فلا يوثر فيما تقدم قيل له الادمي انما ينسي ما تعلمه مما طريقه الاستدلال والحفظ فاما طريقة الضرورة كالخياطة والسباحة وما اشبه ذلك فانه لا ينساه بطول الترك بل يضعف فيه وتعليم الكلب من هذا القبيل لا ينساه بالترك بل يضعف فيه فاذا اكل دل علي فقد التعليم في الاصل **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه فان ترك تذكيته حتي مات لم يوكل وهذا الذي ذكره علي هذا الاطلاق قول ابي حنيفة متي ادركه وفيه حيوة فترك ذكاته لم يحل اكله عنده وسواء كانت الحياة مستقرة فيها وغير مستقرة وقال ابو يوسف اذا جرحه الكلب جراحة لا يعيش من مثلها اكل ولا يحتاج الي ذكاة وعنه اعتبار بقائه اكثر اليوم وقال محمد ان كان يبقي اكثر من بقاء المذبوح فلا بد من ذبحه وان كان لا يبقي الا كبقاء المذبوح لم يجب ذكاته وجه قول ابي حنيفة ان فعل الكلب جعل ذكاة اذا لم تثبت اليد علي الصيد فاذا ثبتت اليد عليه فقد خرج من حد المتوحش وصار بمنزلة الشاة اذا اضطربت للموت فلم يذبحها فانها لا توكل واما ابو يوسف فمن اصله ان الحيوان اذا صار بحيث لا يعيش لم يعتد بالذبح لان كان خروج الروح لا يتعلق به وانما يتعلق بالجرح المتقدم واذا لم يوثر الذبح صار جرح الكلب هو الذكاة فاكل واما محمد فقال اذا بقي يوما او اكثر فهو في حكم الحي لان

المذبوح لا يبقى هذا المقدار فاعتبرت الذكاة وان كان لا يبقى ذلك فقد حصل الاتلاف بفعل الكلب فكانه قتله وهذا مبني على اختلافهم في المتردية والتي يشق السبع بطنها فادركها حية فذبحها جاز اكلها كانت الحياة خفية او بينة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا بلغت الى حد لا يعيش مثلها لم يوكل وان ذبح وقال محمد ان كانت تعيش اليوم او اكثر فذكاها اكلت وان كانت لا تعيش الا بقا المذبوح لم توكل وان ذبح وقد ذكر الطحاوي في الحيوان يضطرب للموت انه لا يحل بالذبح في قولهم جميعا وهذا ليس بصحيح عند ابي حنيفة لان الذكاة عنده تثبت حكمها ببقا الحيوان واما اذا ادرك الصيد صاحبه حيا فلم يتمكن من ذبحه لضيق الوقت او لفقد الالة حتى مات لم يوكل وقال الحسن بن زياد يوكل استحسانا وبه قال الشافعي وجه قولهم انه لما ثبت يده عليه زال معنى الامتناع وبطل اعتبار حكم جرح الكلب وصار كالشاة اذا ادركها وقد مرضت فمات في وقت لا يتسع لذبحها انها لا توكل وجه الاستحسان ان الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل لا يسقط حكمه بالتمكن من استعمال الاصل فاذا ادركه في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه فبقي حكم البدل والجواب انا لا نقول ان العقر والجرح بدل عن الذبح بل كل واحد منهما ذكاة لنوع فالذبح ذكاة لما في يده والعقر ذكاة لما لا يد عليه

قال فان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل هذا هو المشهور عنهم وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يوكل واذا قتله صدما او كسرا او كسر عضوا وقال الشافعي في احد قوليه يوكل في ذلك كله وجه المشهور من المذهب ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن صيد المعراض فقال ان خزق فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل فانما هو وقيذ وقوله تعالى والمنخنقة عام فيما خنقه الكلب وغيره ولانه الة للاصطياد فاعتبر فيها الجرح كالسهم فان قيل الكلب لا يمكن تعليمه كيفية القتل وما لا يمكن تعليمه يسقط اعتباره كالجرح في محل الذكاة قيل له الكلب لا يحتاج الى تعليم الجرح لانه من طبعه وترك الجراحة نادر فيه وما هو طبعه لا يقال انه متعذر فاما الجراح في محل الذبح فليس بغالب حالة وتعليمه يشق فيسقط اعتباره كما يسقط في السهم ولم يسقط الجرح وجه ما روي عن ابي يوسف ان الكسر جراحة باطنة فيه فصار كالجراحة الظاهرة **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه لم يوكل وذلك لما روي في حديث عدي بن حاتم قال قلت يرسول الله اني اصيد بكلابي المعلمة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل قال قلت وان قتلت قال وان قتلت اذا لم يشاركها كلب ليس منها ولان الكلب الذي هذه صفته لا يحل صيده فاذا شارك الكلب الذي ارسل فقد اجتمع سبب الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر وقد قالوا اذا ارسل المسلم كلبه المعلم وسمى ثم زجره مجوسي او مرتد فانزجر لزجره فاخذ الصيد فقتله فانه يوكل لان اصل الارسال صحيح فلا يوثر ارسال غيره فيه ولو كان المرسل مجوسيا او مرتدا او من لا تجوز ذكاته او ارسله مسلم ولم يسم فزجره مسلم وسمى فانه لا يوكل لان اصل الارسال كان فاسدا فلا يسقط حكمه بما هو دونه الا ترى انه ليس بما ثاله وصار هذا بمنزلة مسلم ثم امر المجوسي السكين في موضع الذبح فانه لا يوثر الاباحة لانه ليس بما ثاله وكذلك لو ذبح مجوسي ثم امر مسلم وضع السكين في موضع الذبح لم يوثر في الاباحة لما ذكرنا **قال** واذا رمى الرجل سهما الى صيد وسمى عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرحه السهم فمات لحديث عدي بن حاتم قال قلت يرسول الله اني ارمي بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى فخزق فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل **قال** وان ادركه حيا ذكاه وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وهذا لما بيناه في صيد الكلب انه اذا حصل في يده سقط حكم الجرح لانه صار مقدورا عليه فاعتبر الذبح فاذا لم يوجد لم يحل **قال** واذا وقع السهم في الصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل وقال الشافعي في احد قوليه لا يحل اكله وفي القول الاخر يحل اكله ولم يعتبر في واحد من القولين الطلب والقعود عنه اما الدليل على جواز الاكل اذا لم يقعد عن طلبه فما روي في حديث عدي بن حاتم انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني ارمي بسهم فاصيب فلا اقدر عليه الا بعد يوم او يومين فقال صلى الله عليه وسلم اذا قدرت عليه وليس فيه اثر ولا خدش الا رميتك فكل فان وجدت فيه اثرا غير رميتك فلا تاكل فانك لا تدري انت قتلته ام غيرك فان قيل فلم يشرط النبي صلى الله عليه وسلم الطلب فيه قيل له لان الكلام خرج على المعتاد وهو ان الرامي لا يقعد عن الطلب ولان الظاهر انه ساح في الحالين فقامت الدلالة في احدهما ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بالروحا فراى حمار وحش عقيرا فاراد اصحابه ان ياخذوه فقال صلى الله عليه وسلم حتى يجي صاحبه فجاء رجل من بهز فقال هذه رميتي وقد وهبتها لكم فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يقسمها ابو بكر بين الرفقة فدل ذلك على جواز اكل ما غاب من الصيد وانما لم يساله النبي صلى الله عليه وسلم عن الطلب لانه قد شاهده طالبا فلم يحتج الى المسالة ولانه لم يفرط في طلبه فصار كما لو مات

وهو مشاهده فان قيل الجرح انما يكون ذكاة اذا كان هو القاتل ومتى غاب عنه جاز ان يكون
شاركه في الموت غيره فلا يجوز استباحته بالشك قيل له الجراحة سبب الموت ولا يعلم هناك
سبب اخر فالظاهر ان الموت منها بدليل ان الجارح على هذا الوجه يلزمه القصاص والقصاص
لا يجب بالاحتمال فدل على ان هذا التجويز لا يعتبر ولان التجويز انما يوثر اذا كان يتمكن من الاحتراز
عنه او من سببه فاذا لم يمكن سقط اعتباره الا ترى ان الصيد اذا وقع من الرمية على الارض
حل اكله مع تجويز ان يكون موته من وقوعه عليها لان ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو سقط على
جبل ثم تردى الى الارض لم يوكل لما امكن الاحتراز منه والتغيب لا يمكن الاحتراز منه فسقط
حكمه واما الدليل على انه لا يوكل اذا فرط في طلبه فحديث ابن عباس ان رجلا ساله فقال اني ارمي فاقصي
وانمي فقال كل ما اصميت ودع ما انميت ولان العقر ليس بذكاة فلم يكن العقر ذكاة فلم يحل اكله الا بان
اذا لم يكن به اثر اخر فالظاهر انه مات من الجراحة قيل له نحن لا نمنع الاكل لهذا المعنى لكن لما بينا انه
لو لم يقعد عن طلبه جاز ان يدركه حيا فيخرج الجرح من ان يكون ذكاة وذلك لا يعلم فلم يحل اكله
قال فان رمى صيدا فوقع في الماء لم يوكل وذلك لما روي في حديث عدي بن حاتم ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال اذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله تعالى عليه فوجدته من الغد ولم تجده في ماء
وليس فيه اثر غير سهمك فكل فهذا يدل على ان المرمي اذا وقع في الماء لا يوكل ولان جرح السهم ليس
بذكاة مستقرة بدلالة انه لو ادركه وجب عليه ذبحه فاذا حصل سبب من اسباب التلف جاز
ان يكون الموت حصل به فحرم اكله وليس كذلك اذا ذبح الشاة فوقعت في سطح فماتت او وقعت في ماء انها
توكل لان الذبح ذكاة مستقرة غير موقوفة على شرط اخر فلا يعتد بما يحصل بعد ذلك من اسباب
التلف **قال** وكذلك ان وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لما بينا **قال** وان وقع
على الارض ابتداء اكل وذلك لانه لا يمكن الاحتراز من وقوعه على الارض فلا يعتد بما يكون منه فاما
وقوعه في الماء او على سطح ثم تردى منه الى الارض فانه يمكن الاحتراز منه فافترقا **قال** وما
اصاب المعراض بعرضه لم يوكل وان جرح اكل وذلك لما روي في حديث عدي بن حاتم قال قلت
يا رسول الله اني ارمي بالمعراض فاصيب افاكل قال اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى
عليه فخزق فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل **قال** ولا يوكل ما اصابته البندقة اذا مات منها
وذلك لانه عليه السلام اعتبر الجراح في خبر المعراض في الاباحة وحرم ما عدم فيه الجراح وما
قتله الحجر والخشب والبندقة لم يوجد فيه شرط الاباحة فبقي على التحريم **قال** واذا رمى

الى صيد فقطع عضوا منه اكل الصيد ولم ياكل العضو وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من حي
فهو ميت وهذا يتصور في سائر الاعضاء غير الراس **قال** وان قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز
اكل وان كان الاكثر مما يلي الراس اكل الاكثر ولم ياكل الاقل وقال الشافعي يوكل الجميع في الوجهين
لنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من حي فهو ميت وهو عام فان قيل الخبر خرج على سبب وهو انهم
كانوا يقطعون الالايا فياكلونها وتبقى الغنم حية بلا الية قيل له المعتبر بالاتفاق لعموم اللفظ
دون خصوص السبب لان العقر لا يكون ذكاة حال وقوعه حتى يتصل بخروج الروح من غير ان يتقدر
على الذبح والحالة التي يصير الجرح فيه ذكاة العضو بائن فلا يكون ذكاة الجملة ذكاة له فان قيل لما
كان ذكاة لبعض البدن كان ذكاة لجميعه اصله اذا قطع الثلث المقدم قيل له اذا قطع الثلث
المقدم فذلك ذكاة عند وجوده لان الذكاة هي قطع الاوداج والاوداج متصلة بالقلب
الى الراس فبقي قطع ذلك قطعا لها الا ترى ان الذبح لا يتصور بعد ذلك ولا يجب وان تثبت يده
فلذلك كان ذكاة للجميع وليس كذلك اذا كان الاقل مما يلي العجز لانه ليس بذكاة بدليل انه يترتب
الذبح وانما يصير ذكاة عند خروج الروح قبل القدرة والبعض في تلك الحال بائن فلا يلحقه الذكاة
قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني وذلك لان الجرح في الصيد بمنزلة الذكاة في غيره
فمن لا يصح ذكاته لا يصح صيده **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع
فرماه اخر فقتله فهو للثاني ويوكل وذلك لان الثاني هو الذي صاده والاول فعل شيئا في الصيد
لم يقع به الاصطياد فصار كمن اتى صيدا واخذه غيره انه للاخذ كذلك هذا ويوكل لان ضرب الثاني هو
الذي صار به صيدا فحل به **قال** وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يوكل وذلك لان
الثاني رماه وقد خرج من حيز الامتناع فصار كالرمي الى شاة فلا يحل به **قال** والثاني ضامن للاول
ما نقصته جراحته وذلك لان الاول قد ملكه بجراحته واخرجه من حيز الامتناع فقد ادخل الثاني
فيه نقصا بفعله وهو ملك الغير فضمن النقصان وقد قالوا اذا مات بعد ذلك يلزمه قيمته مجروحا
جراحتين لانه اتلفه بفعله الا انه قد غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنه ثانيا والجرح
الاول نقص بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثاني وقد قالوا لو رمى رجلان صيدا معا ووقعت
الرميتان بالصيد معا فمات فانه لهما ويوكل لانهما اشتركا في سبب الاستحقاق فتساويا
في قدر الاستحقاق فان اصابه سهم الاول فوقذه ثم اصابه سهم الثاني فقتله قال ابو يوسف
يوكل والصيد للاول وقال زفر لا يوكل وهذا الخلاف مبني على اختلافهم ان المعتبر حال الرمي

أو بحال الاصابه فعند اصحابنا المعتبر حال الرمي لانه هو الذي يتعلق بفعله والتسمية معتبره عند
وقد حصل منهما جميعا والصيد ممتنع فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر الا ان الملك للاول لان سهمه اخرجه
من حيز الامتناع وصار سهم الثاني قد وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شي وجه قول زفر ان المعتبر
حال الاصابة بدلالة انه لو لم يصب لم يملك وقد حصل السهم الثاني والصيد غير ممتنع فلم يجز
رمي الي شاة فقتلها **قال** ويجوز اصطياد ما يوكل من الحيوان وما لا يوكل لعموم الاي والا
ولان كل ما لا يوكل في صيده فايده وهو الانتفاع بجلده وشعره ووبره وعظمه وقد قال
اصحابنا اذا ترسل الكلب علي الصيد بنفسه فزجره صاحبه فانزجر واخذ الصيد حل اكله وقال
الشافعي لا يحل لنا ان ترسل الكلب معناه لا يمكن الاحتراز منه لانه شاهد الصيد قبل مشاهدة صاحبه
يخطوا اليه بطبعه خطوات ثم يزجره صاحبه وما لا يمكن الاحتراز عنه يسقط اعتباره اصله
وقوع الجرح في غير محل الذكاة ولان فعل الكلب لا يتعلق به خطر ولا اباحة لانه اله والالات لا
توصف بذلك ولانه لو تعلق بفعله خطر لتعلق بفعله اباحة كالمجوسي اذا اسلم فلما لم يتعلق بفعل الكلب
اباحة كذلك دل عليه ان الحظر لا يتعلق به وانما فعل الادمي اذا كان بنفسه هو المبيح فاذا اخذ الكلب
الصيد بنفسه لم تحصل الاباحة لفقد فعل الادمي لا لوجود فعل الكلب فاذا زجره فانزجر
فانضم الي فعله فعل الادمي فتعلق الحظر به وسقط ما تقدم لما لم يوصف بحظر ولا اباحة
فان قيل ترسل الكلب يتعلق به الحظر وزجر الادمي يتعلق به الاباحة فاجتمع سبب التحريم والتحليل
فغلب حكم التحريم كما لو ارسل مسلم ومجوسي قيل له قد بينا ان فعل الكلب لا يوصف بالحظر
فاما فعل المجوسي فيحصل بالحظر فلم يصح اعتبار احدهما بالاخر وقد قالوا لو ارسل كلبه وسمي
فما اخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله فانه يوكل واحدا كان او جماعه لانه لا ينقطع عن حال
الارسال ولو لم يمكن تعيين صيد بعينه فصار صيده لا يتبين كاصابة السهم لصيدين فان جثم
علي الصيد طويلا ثم مر به صيد اخر فاخذه فقتله لم يوكل وكذلك ان ارسل الكلب او غيره فعدل
عن الصيد يمنة او يسرة فتشاغل بغير طلب الصيد ثم تبع الصيد فاخذه فانه لا يوكل الا بارسال
مستقبل او ان يزجره صاحبه ويسمي فينزجر وذلك لان حكم الارسال الاول قد انقطع بالعدول
المعاني فلا بد من اعتبار تجدد ارسال في الاباحة فاما الفهد فمن عادته اذا ارسل لا يتبع الصيد
بل يمكر ويمكث ساعة ليتمكن منه ثم ياخذه وهذا لا يوثر ويوكل صيده ولو فعل الكلب ذلك لما
اكل صيده لان هذا من اسباب الاصطياد فلا يقطع حكم الارسال كما لو توثب كذلك السهم اذا

معني

معني علي سننه لم يقطع حكم الرمي فيه فان امالته الريح الي ناحية اخري عن سننه الاول انقطع حكم الرمي
الاول وصار اصابة بغير فعل الرامي فلا يوكل وقد روي عن ابي حنيفة فيمن سمع حسا فظنه صيدا فرماه
فاذا هو شاة واصاب غيره فانه لا يوكل ولو ظنه شاة فرماه فاذا هو صيد اكل وقال محمد
لا يوكل الا بشرطين ان يكون الحس صيدا او يرميه وهو يظن انه صيد وجه قول ابي حنيفة ان
المرمي اذا كان صيدا وقد عينه بالرمي لم يعتبر ظنه وصار كانه رماه وهو لا يعلم ما هو واما اذا
رماه وهو شاة فقد رمي الي ما ليس بصيد فلا يعتبر اصابته الصيد كما لو رمي عرضا فاصاب
صيدا وجه قول محمد ان الرمي يقف علي القصد بدلالة ان من رمي عرضا فاصاب صيدا لم يوكل
وقد حصل رميه الي ما ليس بصيد فلا يتعلق به الاباحة **قال** وذبيحة المسلم والكتابي حلال
اما ذكاة المسلم فلا خلاف في جوازه واما ذكاة الكتابي فلقوله تعالي وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم وهو عام ولا يجوز ان يقال ان المراد به غير الذبايح لانه لو كان كذلك لم يكن لتخصيصه
باهل الكتاب معني ولانه يومن بكتاب من كتب الله تعالي ويحل مناكحته فصار كالمسلم وقال الشافعي
ان ذبايح بني تغلب وذبايح نصاري العرب لا توكل وهذا لا يصح لما ذكرناه فان قيل روي عن عمر
رضي الله عنه قال نصاري العرب من اهل الكتاب لا يحل ذبايحهم وعن علي رضي الله عنه لا تاكلوا
ذبايح بني تغلب قيل له ذكر ابو جعفر الطحاوي عن ابن عباس كلوا من ذبايح بني تغلب وتزوجوا
من نسايهم فتعارضا ولان عليا رضي الله عنه علل ذلك بانهم لم يتمسكوا بدين النصاري ولم يعلله
بكونهم من العرب واما ذبيحة الصبي والمجنون فان كانا يعقلان الذبح ويضبطان التسمية فانها توكل
وكذلك السكران فان لم يعقلوا ذلك لم يوكل ولانه ذبح من غير تسمية فلا يوكل اذا كان لا يعقل
التسمية **قال** ولا يوكل ذبيحة المجوسي والوثني والمرتد والمحرم وذلك لان الاباحة ماخوذة من
الشرع وقد وردت مختصة باهل الكتاب دون غيرهم فمن سواهم علي اصل الحظر ولان المرتد
لا يقر علي الدين الذي انتقل اليه فصار بمنزلة الوثني الذي لا يقر علي دينه واما المحرم اذا ذبح
الصيد في الحل او في الحرم فانه لا يوكل وذلك لان الله تعالي سمي ذبح المحرم قتلا فقال لا تقتلوا
الصيد وانتم حرم والقتل في الشرع عبارة عما لا يوكل ولانه ممنوع من الذبح لمعني فيه من جهة
الدين فصار كالمجوسي ولا يوكل ايضا ما ذبحه الحلال من الصيد في الحرم وذلك لانه ممنوع من
ذبحه في الحرم لحق الله تعالي كما منع المحرم من ذلك حال احرامه فان ذبح غير الصيد جاز الاكل
لانه لا يمنع من ذبحه فصار كالحلال اذا ذبح في غير الحرم **قال** وان ترك الذابح التسمية

عمدًا فالذبيحة ميتة لا توكل وقال الشافعي توكل وكذلك الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال الكلب
على الصيد لان قوله تعالي ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وهذا نهي فظاهره التحريم
ولما روي في حديث عدي بن حاتم ان النبي صلي الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل والمقصود بهذا الكلام ما يحل ويحرم وقد دل علي ان الاباحة موقوفة علي هذا الشرط
وروي انه قال ايضا وان شاركه كلب غيره فلا تاكل فانك انما سميت علي كلبك فجعل العله في التحريم
عدم التسمية ولان ذبح الهدايا قربة مقصودة بنفسها شرع فيها ذكر الله تعالي فكان شرطا كالتكبير في
الصلاة فان قيل ذكاة لا يفقد فيها غير التسمية فوجب ان تكون مبيحة كما لو تركها ناسيًا قيل له لا نسلم
انه لم يفقد غير التسمية لانها اذا تركها مع الذكر فقد خالف موضوع الشرع وتشبه بالمشركين
والناسي لا يوجد فيه ذلك ولان النسيان عذر وقد يسقط الفرايض في حال العذر ولا يسقط عند
عدمه **قال** وان تركها ناسيًا توكل وقال مالك توكل لنا ما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم
سيل عن نسي التسمية علي الذبيحة فقال صلي الله عليه وسلم اسم الله تعالي علي لسان كل مسلم
ولان الناسي غير مخاطب بما نسيه فاذا كان كذلك فلم يترك عند الذبح فرضا عليه فجاز الاكل
وكذلك قالوا في الكتابي ان ترك التسمية عامدا لم توكل ذبيحته لان عدم ذلك من المسلم لما منع الاكل
فعدمه من الكتابي اولى **قال** والذكاة في الحلق واللبة وذلك لقوله صلي الله عليه وسلم
الذكاة في الحلق واللبة وروي انه صلي الله عليه وسلم قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين
قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان فاذا قطعها حل
الاكل وذلك لانهم اجمعوا علي اعتبار هذه العروق فان من قطعها اتي بالذكاة المامور بها علي تمامها
قال وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا بد من قطع
الحلقوم والمري واحد الودجين وجه قول ابي حنيفة انه قطع اكثر العروق فوجب ان يحل
كما لو قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وجه قولهما ان كل واحد من هذه العروق يختص
بمعني فالحلقوم مجري النفس والمري مجري الطعام والودجان مجري الدم فلا بد من قطع
كل ذلك الا ان احد الودجين ينوب عن الاخر ولا ينوب عن الحلقوم والمري شي فيجب
قطعهما هذا هو الظاهر من قولهم وكان ابو الحسن يقول لا بد من قطع الاكثر من كل واحد
من العروق عند ابي حنيفة وظاهر رواية ابي يوسف عنه يقتضي خلاف ذلك وعن محمد
لا بد من قطع الاربعة او الاكثر من كل واحد قال لانه متي ترك واحدا من هذه العروق

وبقي

وبقي الحيوان اكثر من بقا المذبوح فصار كبقا الحلقوم وقد قال الشافعي اذا قطع الحلقوم والمري
حل الاكل وان لم يقطع احد الودجين وهذا لا يصح لقوله صلي الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى
الاوداج فكل وانما انهار الدم يكون بقطع الودج الذي هو مجري الدم ذكر الاوداج بلفظ الجمع
وحقيقته ثلاثة فمن اعتبر اثنين فقد خالف الظاهر ولانه مجري لما به قوام الحيوة فكان قطعه
شرطا في الذكاة كالحلقوم والمري فان قيل قطع مودج الحلقوم في محل الذكاة فكان ذكاة صحيحة
اصله اذا قطع الاكثر قيل له لا نسلم ان مودج ولانه اذا قطع الاكثر فقد حصل المعفو في
العروق التي شرطت في كمال الذبح واذا ترك الودج والمقصود به لا يستدرك بغيره فصار
كما لو ترك الحلقوم **قال** ويجوز الذبح بالليطه والمروة وبكل شي انهر الدم الا السن القايم
والظفر القايم والاصل في جواز الذبح بغير الحديد ما روي عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول
الله ارايت لو ان احدنا اصاب صيدا وليس معه سكين ايذكي بمروة او بشقة العصا
فقال انهر الدم بما شيت واذكر اسم الله عليه فاما السن القايم والظفر القايم المتصل
فانه لا ياتي به القطع وانما لان التصرف لا يقع به كالتصرف في الالة وانما يعتمد به فيفسخ
فلذلك لم يحل واما السن المنفصله والظفر المنفصل فيجوز الذبح بهما وقال الشافعي لا يجوز
لنا قوله صلي الله عليه وسلم انهر الدم بما شيت وكل ولانها الة تفري الاوداج وتقطع فجاز
الذبح بها كالحديد فان قيل روي ان رافع بن خديج قال قلت للنبي صلي الله عليه وسلم اذا لم يكن
معنا مدي انذكي بالليطه فقال صلي الله عليه وسلم انهر الدم بما شيت واذكر اسم الله تعالي
عليه وكل الا ما كان من سن او ظفر ولان السن عظم من الانسان والظفر مدي الحبشه
قيل له المراد بذلك السن عظم من الانسان السن القايمة والظفر القايمه بدليل ان الحبشه
كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد بدليل انه روي في بعض الاخبار الا ما كان قرضا بسن
او حزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القايمة **قال** ويستحب ان يحد الذابح شفرته
وذلك لما روي شداد بن اوس ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ان الله تعالي كتب
الاحسان علي كل شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتله واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحه وليحد
احدكم شفرته وليرح ذبيحته **قال** فان بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره ذلك
وتوكل ذبيحته وذلك لانه زيادة في المها لا يحتاج اليه في الذكاة فلم يجز ذلك فكره له فعله
كما لو جرحها ثم ذبحها وقد روي ان النبي صلي الله عليه وسلم راي رجلا قد اضجع شاة وهو

يجد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات الا حددتها قبل ان تضجعها وراي عمر رضي الله عنه
رجلا قد اضجع شاة وترك رجله علي صحفة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وقال
هلا احددتها قبل ان تضع رجلك موضعا وضعتها وهذا يدل علي كراهة كلما يزيد علي المها وانما
قلنا توكل لان الذكاة قطع العروق المشروطة وقد وجد ذلك فما زاد علي ذلك لا يمنع الاكل
بعد وجود الذكاة قال وان ذبح الشاة من قفاها فان بقيت حية حتي بقيت قطع العروق
المشروطة في الذكاة وجد مع حياتها فما زاد علي ذلك هو كما لو جرحها فيكره ولا يمنع الاكل قال
وان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لان الذكاة لم يوجد الا تري ان الذكاة انما يجوز بقطع
مع وجود الحياة ولم يوجد ذلك قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وذلك لان الجرح
في الصيد انما اقيم مقام الذكاة لعدم ثبوت اليد عليه فاذا استانس صار كالغنم
فيعتبر اصل الذكاة وهو الذبح قال وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح
وذلك لما روي ان بعيرا ند فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم
ان لهذه الابل اوابد كاوابد الوحش فاذا صنعت هكذا فاصنعوا بها هكذا ولان الحكم
لا يعود الي الجنس وانما يعود بالقدرة وعدمها فاذا لم يقدر علي المستانس صار كالصيد
واذا قدر علي المستانس صار كالصيد واذا قدر علي المستوحش صار كالمستانس
قال والمستحب في الابل النحر فاذا ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح
فان نحرها جاز ويكره والاصل في ذلك قوله تعالي فصل لربك وانحر قيل في التاويل واغر
الابل وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم فسماه ذبحا وقال ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة
وذبح النبي صلي الله عليه وسلم البقر والغنم ونحر الابل ولان المعتبر في الذكاة الاسهل علي
الحيوان بدليل ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال ان الله كتب الاحسان علي كل
شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لان اللبة منها ليس عليها لحم وما سواها من حلقها
عليه لحم كثيف والبقر والغنم خلقها علي حد واحد فلذلك لم ينحر وانما وجد الكراهة لان
زيادة في المها لا يحتاج اليه في الذكاة كما لو جرحها في موضع اخر وعن مالك اذا ذبح الابل
لم توكل ولا تصح لقوله صلي الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت وكل قال ومن نحر ناقة او
ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا الذي ذكره

قول

قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة
قوله صلي الله عليه وسلم الذكاة في الحلق واللبة وقال ما انهر الدم وافري الاوداج ولانه لا يخلو
اما ان يكون من جنس الحيوان المقدور فيشترط ذبحه او من جنس ما لا يقدر علي ذكاته فيشترط عقره
ولم يوجد عقره ذبح ولا عقر فلا يحل فان قيل روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال ذكاة
الجنين ذكاة امه قيل له معناه مثل ذكاة امه فحذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه
وهذا كثير في الكلام قال الله تعالي فشاربون شرب الهيم يعني مثل شرب الهيم فان قيل انه في
حكم الجزء منها بدليل انه يعتق بعتقها ويدخل في بيعها من غير تسمية قيل له هو في حكم الحيوان المنفرد
بدليل جواز انفراده عنها في الذكاة وفي الاباحة وينفرد بالوصية ويورث عنه ارشه فاما
دخوله في البيع فليس لما قالوه لكن لو لم يدخل في البيع لفسد باستثنائه واما عتقه بعتقها فلانه
لو لم يعتق انفصل مملوك من حرة والحرة قد تلد مملوكا وقد قال اصحابنا اي شي ذكر من اسما
الله تعالي علي الذبيحة اجزا وكذلك لو قال الحمد لله او سبحان الله لان الواجب عليه ذكر اسم
الله تعالي وقد وجد فلا يختلف باسم دون اسم وقد قالوا لو اراد ان يذبح شاة فسمي ثم تكلم
مع غيره فطال الكلام واشتغل بشي اخر ثم ذبحها لم يحل لانه لما طال الكلام فصل بين التسمية
والنحر فصار كانه سمي في يوم وذبح في اخر واما اذا كان ذلك شيئا يسيرا فانه لا يوثر ولا يعتد
به ويحل الاكل قال ولا يحل اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير لما روي ابن عباس
ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن اكل كل ذي مخلب من الطير وعن اكل كل ذي ناب من السباع
وفي حديث اخر عن كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخلب من الطير وعن المجثمة وان توطي
الحبالي حتي يوضعن ما في بطونهن وقد قال الشافعي يجوز اكل الضبع والثعلب وهذا لا يصح
لما روي عن علي عليه السلام وابن عباس ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن اكل ذي ناب
من السباع وذي مخلب من الطير ولانه سبع ياكل الجيف كساير السباع فان قيل قال
الله تعالي ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث والضبع من الطيبات قال الشافعي ما زال
الناس ياكلونه ويبيعونه عندنا بين الصفا والمروة قيل له قوله ويحل لهم الطيبات
في التفسير الشحوم التي كانت محرمة علي بني اسرايل ويحرم عليهم الخبائث لحم الخنزير والميتة
وعلي انه لا يجب ان يظن ان الاباحة موقوفة علي ما كانت العرب تستطيبه لانهم كانوا
يستطيبون الخمر ولحم الخنزير وياكلون كلما دب ودرج الا المرجين وكل ذلك حرام

قال ولا بأس بغراب الزرع لانه ليس بسبع ولا يأكل الجيف وقد قال ابو يوسف الذي
رخص في اكله له خلقه وهيئة مخالفة للغراب في صغره يدرج في المنازل ويألف كما يألف الحمام
ويطير ويرجع قال ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وقد دل على تحريم ذلك نهيه عليه
السلام عن كل ذي مخلب من الطير ولانه يأكل الجيف والميتات فكره لذلك قال ويكره
اكل الضبع والضب والحشرات كلها وذلك لان ساير الحشرات تتناول النجاسة وذلك من
اسباب الكراهة لانها مستخبثة في نفسها فتدخل في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
وقد قال الشافعي يجوز اكل الضب والقنفذ وابن عرس ولا يكره وعندنا يكره لما روي عن
عبد الرحمن ابن حسنة قال نزلنا ارضا كثيرة الضباب فاصابتنا مجاعة فطبخنا منها وان
لتغلي بها القدور اذ خرج النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما هذه قلنا ضباب اصبناها فنهى
عنها وقال ان امة من بني اسرايل مسخت دواب واني لاخشى ان تكون هذه فاكفؤها وعن عايشة
انه اهدي لنا ضب فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن اكله فنهاها عنه
فجا سايل فقامت لتناوله اياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اتطعمينه ما لا تاكلين
فان قيل روي عن ابن عباس اهدت خالتي ميمونة الى النبي صلى الله عليه وسلم سمنا واقطا
وضبا فاكل على مايدته وعن ابي سعيد الخدري الضب احب الي من دجاجة سمينة قيل له
هذه الاخبار تفيد الاباحة واخبارنا تفيد الحظر فهي اولى قال ولا يجوز اكل لحم الحمر
الاهلية والبغال وذلك لحديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر
عن اكل لحوم الحمر الاهلية وروى خالد بن الوليد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن اكل لحوم الحمر الاهلية والبغال قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يحل وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة حديث خالد بن الوليد ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل لحم الخيل والبغال والحمير وعن كل ذي ناب من السباع
وقد روي ان ابن عباس سيل عن ذلك فتلا قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ولو كان
الاكل جايزا لم يختص المنة بالركوب ولانه ذو حافر اهلي فكره اكله كالحمار وجه قولهما حديث
جابر قال اطعمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم الخيل ونهانا عن لحم الحمر الاهلية وروي
نهينا يوم خيبر عن لحوم الحمر واذن لنا في لحوم الخيل قال ولا بأس باكل الارنب وذلك لما
روي عن عمار بن ياسر قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاهدى له اعرابي ارنبة

مشوية

مشوية فقال لاصحابه كلوا قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير
فان الذكاة لا تعمل فيهما وقال الشافعي لا تؤثر الذكاة في جميع ذلك لنا قوله عليه السلام الذكاة
في الحلق واللبة ولانه حيوان يطهر جلده بالدباغ فاثرت فيه الذكاة كالشاة فان قيل ذبح لا يفيد الاباحة
فلا يفيد الطهارة اصله ذبح المجوسي قيل له لا نسلم انه لا يعمل في الاباحة لان المضطر اليها لا يأكلها
الا بعد الذبح ولان حكم الاكل مفارق للطهارة الا ترى ان الدال على الصيد اذا ذبح حرم عليه وهو
طاهر واما المجوسي فاجمعوا على ان ذكاته لا تؤثر لمعنى فيه لا لصفات المذبوح ولهذا يستوي
ما يؤكل وما لا يؤكل فاما الخنزير والادمي فمقطوع بتحريمهما والذكاة تحتاج اليها للاباحة وذلك
لا يوجد مع القطع بالتحريم وغير ذلك من الحيوان غير مقطوع فيه بالتحريم فجاز ان يؤثر فيه
الذكاة قال ولا يؤكل من حيوان الما الا السمك ونص الشافعي على اباحة جميعه وقال
اصحابه لا يؤكل الضفدع اما قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وهو عام في
خنزير الما والبر وقال النبي صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان والمحصور بقدر
يدل على ان ما عداه بخلافه سيل النبي صلى الله عليه وسلم عن الضفدع يطرح في الدوا فقال
خبيثة من الخبايث فان قيل قال الله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه وقال عمر الصيد ما
صيد والطعام ما رمي قيل له الصيد عبارة عن فعل الاصطياد وفعل الاصطياد مباح عندنا
والخلاف في الاكل وقد يجوز اصطياد ما لا يؤكل لينتفع به في غير الاكل قال ويكره اكل
الطافي منه والطافي ما مات حتف انفه من غير سبب حادث فيه لنا ما روى جابر ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وعن علي
رضي الله عنه لا تبيعوا في اسواقنا الطافي وعن ابن عباس انه قال ما دسره البحر فكله وما
وجدته على الما فلا تاكله ولانه حيوان له دم سايل فاذا مات حتف انفه لم يؤكل اصله
حيوان البر فان قيل قال النبي صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماوه الحل ميتته قيل له ميتة
البحر ما اضيف اليه من موته وهذا لا يكون الا اذا القاه او مات من برده او من حره
وذلك مباح عندنا ولان قوله الحل ميتته عام وقوله وما طفا فلا تاكله اخص منه فيقضي
به عليه فان قيل ما حل بغير ذبح مع القدرة عليه حل بموته حتف انفه كالجراد قيل له السمك
اخذ شبها من الجراد ولانه ليس له دم سايل واخذ شبها من الحيوان البري فان له دما
سايلا فيجب ان يعطى حكمهما ولا يلحق باحدهما دون الاخر فيعطى حكم شبهه بغير الجراد

بان تقف اباحته علي فعل حادث فيه وانما ما مات من الحر او البرد او كدر الما ففيه روايتان احديهما
يوكل لانه مات بسبب حادث فصار بمنزلة ما القاه الما علي اليبس وفي الاخري لا يوكل لان الحر
والبرد صفة للزمان وليس من حوادث موته في الغالب **قال** ولا باس باكل الجريث
والمارماهي وذلك لقوله عليه السلام احل لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد
والطحال وهو عام في ساير انواع السمك وقد روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما اباحة
الجريث ولا يعرف لهما مخالف **قال** ويجوز اكل الجراد ولا ذكاة له وذلك لقوله عليه السلام
احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وانما قلنا لا ذكاة له لانه سماه
ميتة وهذه صفة ما لم يذكه وقد روي عن النبي عليه السلام انه نهي عن اكل لحوم الابل الجلالة
والجلالة هي التي الاغلب من اكلها النجاسة فنهي عنها لانه يستقذر في الغالب كالطعام المنتن وقد
روي انه صلي الله عليه وسلم نهي عن ان تشرب البانها لان لحمها اذا تغير تغير لبنها وقد نهي ان
يحج عليها وان يعتمر وهذا محمول علي انها تنتن في نفسها فمنع من استعمالها لئلا يتاذي بريحها
واما التي تخلط فليست بجلالة وعن ابي حنيفة انها تحبس حتي يطيب ريحها ثم توكل ولم توقت
في ذلك لانه اذا زال المعني الموجب للكراهة زال الحكم وقد روي في الدجاج انها تحبس ثلثة
ايام وروي ذلك عن النبي صلي الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك ثم ياكله وقد روي عن مجاهد
قال كره رسول الله صلي الله عليه وسلم من الشياه الذكر والانثيين والقبل والدبر
والمرارة والمثانة والدم اما الدم فهو حرام بالنص وغير ذلك مكروه لانه يستخبث
وقد روي ان ابن عمر سيل عن القنفذ فتلا قوله تعالي قل لا اجد فيما اوحي الي محرما علي طاعم
يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير فقال شيخ عنده سمعت
ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال خبيثة من الخبايث
فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ذلك فهو كما قال

كتاب الاضحيه

الحقوق الواجبة في المال علي ضربين منها ما يجب
فيه التمليك كالزكاة ومنها ما يجب فيه الاتلاف كالعتق والاضحيه من جنس العتق لان الواجب
فيها الاتلاف والاضحية عند ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدي الروايتين
عن ابي يوسف واجبة وذكر ابو يوسف في الجوامع انها سنة موكدة وهو قول الشافعي
وجه قولهم قوله تعالي فصل لربك وانحر وهذا امر بنحر قرن بالصلاة وما ذلك الا الاضحية

وروي

وروي مخنف بن سليم ان النبي صلي الله عليه وسلم قال علي اهل كل بيت كل عام اضحية وعتيرة
وعلي من الفاظ الوجوب وفي حديث اخر ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من ذبح قبل الصلاة
فليعد وهذا امر وفي حديث ابي هريرة ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من وجد سعة ولم يضح
فلا يقربن مصلانا والوعيد لا يستحق الا بترك الواجب ولانها عبادة تفوت بفوات هذه
الايام فكانت واجبة كرمي الجمار ولانها عبادة تضاف الي وقتها فكانت واجبة كالجمعة فان
قيل من حديث ام سلمة ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من راي منكم هلال ذي الحجة واراد
ان يضحي فلا ياخذن من شعره ولا من ظفره حتي يضحي ولو كانت واجبة لم يعلقها بالارادة قيل
له ليس هذه ارادة التخيير الا تري انها عندنا واجبة وعند المخالف سنة وعند الجميع ليس بمخير
فعلم ان المراد به الارادة التي يخرج بها من السهو الي القصد وهو كقوله من اراد الحج فليتعجل ومن
اراد الصلاة فليتوضا فان قيل في حديث ابن عباس ان النبي صلي الله عليه وسلم قال ثلث كتبت
علي ولم تكتب عليكم النحر والوتر وركعتا الفجر قيل له الاضحية عندنا واجبة وليست مكتوبة
لان المكتوبة ما ثبتت بدليل مقطوع به والواجب ما ثبت بدليل مظنون فان قيل ذبح لا يجب
علي المسافر فلا يجب علي المقيم كالعقيقة قيل له المسافر يلزمه ان يضحي عن اولاده الصغار
المقيمين وايضا فان المقيم يلزمه فرض لا تلزم المسافر كالجمعة واتمام الصلاة فلا يصح اعتباره
بالمقيم والمعني في العقيقة انه ذبح يجوز تقديمه علي يوم النحر فلم يجب باصل الشرع والاضحية
ذبح لا يجوز تقديمه علي يوم النحر فكان واجبا باصل الشرع **قال** رحمه الله الاضحية
واجبة علي كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحي اما وجوبها فقد دللنا عليه واما اعتبار
الحرية في الوجوب فلانها عبادة يعتبر في وجوبها المال فلا تلزم العبد كالزكاة ولانها تتعلق
بايام النحر فلا تثبت في حق العبد كرمي الجمار واما اعتبار الاسلام فلانها عبادة شرعية
كساير العبادات واما اعتبار الاقامة فلانها عبادة تختص بوقت معين فلو وجبت علي
المسافر لشغل بها عن السفر فسقطت عنه كالجمعة والاتمام واما اعتبار الغني فلقوله
عليه السلام من وجد سعة فليضح ولانها حق يخرج من المال لا يتعلق بسبب من جهته فاعتبر
فيه الغنا اصله صدقة الفطر وقد قالوا في حد ذلك اذا ملك مايتي درهم سوي ما يحتاج اليه
من منزله وثيابه واثاثه لانه بذلك يخرج من حد الفقر بدليل وجوب الزكاة واما قوله في يوم الاضحي
فعندنا يدخل وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه يعتبر في جوازها تقدم شرط

وهو الصلاة في حق المخاطب بالصلاة في وقتها فان فات وقت الصلاة جازت الاضحيه وان لم يصل
الامام وقال الشافعي وقت الوجوب ان يمضي من يوم النحر قدر صلاة النبي صلى الله عليه
وسلم وقدر خطبتين لنا قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ولم يعتبر مضي قدر الو[قت]
في جواز ذلك ولا سال عن ذلك ولانها قربة رتبها النبي صلى الله عليه وسلم على صلاة العيد
فلا يجوز مع بقا الخطاب بها في وقت الصلاة اصله الخطبة فان قيل كل وقت جاز لاهل السواد
ان يذبحوا جاز لاهل الامصار اصله بعد الصلاة قيل له وقت الوجوب يدخل بطلوع الفجر
ويعتبر في فعلها شرط وهو سقوط الخطاب بفعل الصلاة في حقه وقد سقط في حق اهل
السواد فصاروا كاهل المصر اذا صلوا ولهذا قلنا لو ترك الصلاة حتى زالت الشمس جاز
الذبح لما سقط الخطاب بفعل الصلاة في وقتها قال عن نفسه واولاده الصغار اما
وجوبها عن نفسه فقد قدمناه واما وجوبها عن اولاده الصغار ففيه روايتان احداهما
تجب لانها تتعلق بيوم العيد كالفطر والرواية الاخرى لا تجب لانها لما لم تجب عن عبده لم تجب
عن ولده وانما قلنا انها لا تجب عن العبد لان الناس احد قايلين اما من اوجبها على الانسان
دون غيره او من اوجبها عن نفسه وعن ولده الصغير لانه في حكم جزء منه فسقوطها
عن العبد اجماع قال يذبح عن كل واحد شاة لانهم اجمعوا ان الشركة لا تجوز في الشاة
وانها اقل ما تجزي في الاضحية قال او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة وهذا الذي ذكر
استحسان والقياس ان لا يجوز عن اكثر من واحد لانه ذبح واجب كذبح الشاة ووجه الا
ان النبي صلى الله عليه وسلم اشرك بين اصحابه في البدن فجعل البدنة عن سبعة وعن جابر
قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة قال
وليس على الفقير والمسافر اضحية ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر يوم النحر الا انه
لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد وقد بينا جميع ذلك قال واما
اهل السواد فيذبحون بعد الفجر وذلك لان اهل السواد ليس عليهم صلاة العيد فهم بعد
طلوع الفجر بمنزلة اهل الامصار اذا صلوا صلاة العيد قال وهي جايزة في ثلثة ايام
يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلاثة ايام بعده فهي عنده اربعة ايام لنا ما روي
عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وانس رضي الله عنهم ان ايام النحر ثلث فافضلها اولها
وتخصيص العبادة بالوقت لا يعلم الا من جهة التوقيف فكانهم رووا ذلك عن النبي صلى الله
عليه

عليه وسلم ولان اليوم الرابع لا يجب فيه الرمي فلا يجوز فيه النحر كما بعده فان قيل في خبر جبير
ابن مطعم ان النبي عليه السلام قال ايام منا كلها ذبح قيل له لو صح هذا الخبر قلنا بموجبه
لان عندنا ينحر الهدي والخلاف في الاضحية فان قيل يوم شرع فيه الرمي فوجب ان يكون وقتا
للاضحية اصله يوم النحر قيل له الذبح غير معتبر بوقت الرمي بدليل انه يجوز عندهم في النصف
الاخير من ليلة النحر ولا يجوز الذبح فيه وعندنا الرمي بعد طلوع الفجر والذبح بعد الصلاة قال
ولا يجوز ان يضحي بالعميا والعورا والعرجا التي لا تمشي ولا العجفا وذلك لحديث البرا ابن عازب
قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول وهو يشير باصبعيه لا يجوز في الضحايا
اربعة العورا البين عورها والعرجا البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا تنقي
وعن النبي عليه السلام انه قال استشرفوا العين والاذن قال ولا يجوز مقطوعة الاذن
والذنب ولا التي ذهب اكثر اذنها فان بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز وذلك لقوله صلى الله
عليه وسلم استشرفوا العين والاذن فاعتبر بقا الاذن واما الذنب فهو عضو كامل
مقصود فصار كالاذن واما اذا ذهب اكثر اذنها وذنبها فانها لا تجزي لما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه نهى عن ان يضحي بعضبا الاذن قال سعيد بن المسيب هي التي ذهب اكثر اذنها
ولان الاكثر يقوم مقام الجميع فاذا بقي الاكثر لم يعتد بما ذهب لانها لا تخلو من عيب فان ذهب
الاكثر صار كذهاب جميعها فلم تجزي وذكر محمد في الاصل ان ذهب الثلث من الاذن جاز وعن
ابي حنيفة انه لا يجوز وجه الرواية الاولى ان الثلث في حكم القليل بدليل جواز الوصية به وجه
الرواية الثانية قوله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير قال ويجوز ان يضحي بالجما
والخصي والثولا اما جواز الجما فلما روي ان عليا رضي الله عنه سيل عن القرن فقال ما يضرك
امرنا النبي عليه السلام ان نستشرف العين والاذن ولان القرن لا ينتفع به في الاضحية
ولا هو منصوص عليه فلم يوثر عدمه واما الثولا فهي المجنونة والعقل غير مقصود في البهيمة
واما الخصي فلحمه ارطب واطيب وانفع فكان اولى وعن الشعبي انه قال ما زاد في لحمه انفع
مما ذهب من خصيته ويجوز الجربا اذا كانت سمينة لانها اذا كانت سمينة فالجرب بجلدها لا يضر
بلحمها واما الهتما وهي الذاهبة الاسنان فانها لا تجزي وفي رواية اخرى ان بقي الاكثر تجزي
قال والاضحية من الابل والبقر والغنم وذلك لان هذا حكم مستفاد بالشرع ولم
ينقل ان النبي صلى الله عليه وسلم ولا غيره من الصحابة رضي الله عنهم ضحوا بغير ذلك قال

يجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي و ذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام
نعم الاضحية الجذع من الضان ولما قدم ابو بردة الذبح قال له النبي صلى الله عليه وسلم انها شاة
لحم فقال يا رسول الله عندي عناق خير من شاتي لحم فقال صلى الله عليه وسلم تجزي عنك ولا
تجزي عن احد بعدك وقد قال الفقها ان الجذع من الغنم ما له ستة اشهر والثني ابن سنة والجذع
من البقر ابن سنة والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمسة **قال**
ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنيا والفقرا ويدخر و ذلك لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا
البايس الفقير وقال صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا
واما اطعام الاغنيا فلانه يجوز ان يأكل منها وهو غني كذلك غيره **قال** ويستحب ان لا ينقص
الصدقة من الثلث و ذلك لان الاية والخبر تضمنا جواز الاكل والتصدق والادخار فصارت
الجهات ثلثة تقسم عليها **قال** ويتصدق بجلدها و ذلك لانه جزو منها فان باعه تصدق
بثمنه لان القربة فاتت في عينه فانتقل الى بدله **قال** او يعمل منه آلة تستعمل في البيت وهذا
الذي ذكره مثل ان يعمل منها نطعا او سفرة او دلوا او غربالا او ما اشبه ذلك مما ينتفع به و ذلك
لانه جزو من الاضحية فجاز الانتفاع به بعد تعين القربة فيه بالذبح اصله لحمها وقد قال اصحابنا
له ان يبيعه بهذه الاشيا التي ذكرناها وقال الشافعي لا يجوز لنا ان ما خير من الانتفاع به
والصدقة جاز ان يعوض عنه بما ينتفع به كاللقطة فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال
لعلي رضي الله عنه اقسم جلودها وجلالها ولا يعطي اجر الجزار منها قيل له النبي صلى الله عليه
وسلم اختار الافضل كذلك الافضل عندنا ان يتصدق به وفرقوا لو ايضا ان لو اشترى هذه
الالات بشي من لحمها جاز الا ان الافضل في اللحم اكله والتصدق به لان منفعته معجلة وقد قالوا
لو اشترى بجلودها خلا وابزارا لم يجز لان ذلك لا ينتفع به الا باستهلاك عينه والمامور انه يبدله
بما يقوم مقام عينه **قال** والافضل ان يذبح اضحيته بيده وان كان يحسن الذبح و ذلك لما
روي جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر
السموات والارض حنيفا مسلما اللهم منك ولك عن محمد وعن امته بسم الله والله اكبر
وعن علي رضي الله عنه انه كان اذا ذبح قال بسم الله والله اكبر اللهم منك وصلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين فان كان يحسن

الذبح كره له لان في ذلك تعذيب الحيوان وهو منهي عنه **قال** ويكره ان يذبحها الكتابي لان المقصود
منها القربة وفعل الكتابي ليس بقربة **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر
اجزا عنهما ولا ضمان عليهما اما جواز الذبح فهو استحسان والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه
ذبح شاة غيره بغير امره فلا تجزي عن الاضحية كشاة الغصاب وجه الاستحسان ان الاضحية
قد تعينت وغرض صاحبها ذبحها فاذا ذبحها فقد حصل مقصوده واسقط مونة الذبح فصار
كانه ذبح بامره واما قوله فلا ضمان عليهما فهو قول اصحابنا المشهور وقال زفر على كل واحد منهما
الضمان وقال الشافعي يضمن النقصان ويتصدق به وجه قول اصحابنا على الشافعي انه ذبح
يجزي عن الاضحية فلم يضمن الذابح كما لو كان بامر صاحبها فان قيل من ضمن اتلاف الشي ضمن
نقصانه بالتعدي اصله شاة الغصاب قيل له لا نسلم انه تعدى بالذبح اذا قصد التخفيف
عن صاحبها او غلط فظن انها اضحية نفسه ولان الاتلاف يفوت به غرض المضحي منها بدليل
انه لا يجوز عن الاضحية فلذلك ضمن وليس كذلك الذبح لانه يحصل له غرضه بدليل جوازه عن
الاضحية فصار كالذبح باذنه وقد قالوا لو غلط كل واحد منهما فذبح اضحية صاحبه واكلها
اجزاه ويحلل كل واحد منهما صاحبه لان كل واحد منهما يجوز ان يطعمها للاخر ابتدا كذلك يجوز
ان يحلله منها بعد اكله وله ان يضمنه قيمتها لان الذبح قد اجزا صاحبها عن القربة واللحم
له اخذه ومن اتلف لحم الاضحية ضمن ويتصدق بالقيمة ان كانت الايام قد مضت
لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه وقد قال اصحابنا اذا فاتت ايام الذبح تصدق
بالاضحية كما هي ولم يذبحها فان ذبحها تصدق بلحمها كما يفعل في الايام لنا ما روي عن
جماعة من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ان ايام النحر ثلثة وهذا التخصيص يقتضي
ان لا يجوز في غيرها ولانه نسك تختص بايام النحر فسقط بفواتها كالرمي فان قيل كل
وقت وجب اخراج الاضحية الى اهلها وجب ذبحها فيه كايام الذبح قيل له لا نسلم ان في
ايامها يجب اخراجها وانما يستحب ذلك في اللحم بعد الايام يجب اخراج العين والمعنى
في الايام انها اضيفت الى هذه العبادة فجاز فيها وما بعد هذه الايام المعنى بخلافه
وقد قال اصحابنا اذا دخل العشر واراد الانسان ان يضحي او عين الضحيه لم يلزمه
ان يجتنب حلق الشعر وقص الاظفار وقال الشافعي يجتنب ذلك حتى يضحي لنا ما روي
الشعبي عن مسروق قال قلت لعائشة ان رجالا ههنا يبعثون بالهدي الى البيت

تلا يزالون محرمين حتى يحل الناس فسمعت تصفيق يدها من وراء الحجاب فقالت سبحان الله لقد كنت
افتل قلايد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي فيبعث بها الى الكعبة ويقيم فما يترك شيا
مما يفعله الحلال حتى يرجع الناس وروي ان يجتنب شيا مما يجتنبه المحرم ولان تحريم الوطي
في الاحرام اغلظ من تحريم غيره فاذا لم يقع منه فاولى ان لا يمنع من غيره فان قيل روت ام سلمة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا دخل العشر واراد احدكم ان يضحي فلا يمس من شعره
ولا من بشره شيا قيل له هذا الخبر لا يصح اسناده وقد ترك اكابر الصحابة العمل به
وروي الليث هذا الخبر وقال والناس على خلافه والعقيقة عندنا مستحبة وقال الشافعي
سنة لنا ان فاطمة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم اعق عن ولدي الحسن فقال
لا ولكن تصدقي بوزن شعره فضة ولو كان ذلك مسنونا لم يقم مقامه الصدقة فان قيل
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة قيل
له هذا يدل على الاستحسان ولو كان سنة لم يتركه صلى الله عليه وسلم عند وجود سببه
فلما جوز لفاطمة رضي الله عنها تركه دل انه غير سنة وانه مستحب

باب الايمان

قال اليمين في اللغة عبارة عن القوة بقول الشاعر اذا ما راية رفعت لمجد
تلقاها عرابة باليمين فلما كانوا يتوثقون بالايمان سموا ذلك يمينا وقد قيل انها ماخوذة من
اليمين التي هي الجارحة لانهم كانوا يتعاهدون بدفع ايمانهم فاشتقت من ذلك واليمين على
ضربين يمين هو قسم وهو كل ما يقتضي تعظيم المقسم به وذلك لا يكون الا في اليمين بالله تعالى
لان احدا لا يستحق التعظيم الجاري مجرى العبادة غيره وهذا التعظيم وهذا هو الذي تعرفه العرب وان لم
تخصوها بالله تعالى والضرب الثاني الشرط والجزا اذا قصد به الامتناع من فعل الشي
او الحث على فعله ولم تجر عادة من اهل الشرع بخلاف ذلك وهذه اليمين لا تعرفها اهل اللغة
وانما صارت يمينا بعرف اهل الشرع يبين ذلك انهم يقولون حلف بعتق عبده وبطلاق
امراته وانما قلنا اذا قصد به الامتناع احترازا من قول القايل ان خطت هذا الثوب
فلك درهم وقلنا ولم تجر عادة من اهل الشرع بخلافه احترازا ممن قال لامراته اذا حضت
وطهرت فانت طالق لانهم لا يطلقون الا على هذا الوجه حتى يكون طلاقا سنيا فلم تكن عنا لهذا
المعنى قال رحمه الله اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فاما
يمين الغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وهذا الذي ذكره صحيح وقد يكون

يمين الغموس ايضا على الحال والماضي مثل قوله والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله او والله
قد فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله والحال مثل قوله والله ما لهذا الرجل على دين وهو
كاذب قال فهذه اليمين ياثم بها ولا كفارة فيها الا الاستغفار وقال الشافعي فيها
الكفارة لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين المتلاعنين ثم قال احدكما كاذب فهل منكما تايب
فامر بالتوبة دون الكفارة والتوبة معلوم وجوبها بالعقل كما تقرر في الشرع في الجملة
والكفارة لا وصول الى معرفتها الا بقول الرسول فكان بيانها اولى وقال صلى الله عليه
وسلم يمين الغموس تدع الديار بلاقع ولم يبين الكفارة ولانها يمين تقارنها الحنث فوجب
ان لا يتعلق بها الكفارة اصله يمين اللغو ولا يلزم اذا حلف ليصعدن السما او ليقلبن الحجر
ذهبا لان الحنث يتاخر عن هذه اليمين بدليل ان الحنث لا يكون بالياس من الفعل الا بعد
مضي وقت الفعل ولهذا لو حلف ليصعدن السما اليوم لم يحنث حتى يمضي اليوم وفي مسئلة
الالزام لم يوجد شرط الحنث مع اليمين لكن يعقبها فافترقا ولان هذا اليمين لا ينعقد بدليل
ان العقد ما يتوهم فيه البقا والانحلال وذلك لا يوجد في الغموس وما لا ينعقد لا يجب
فيه الكفارة كاللغو فان قيل قال الله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ثم قال ذلك
كفارة ايمانكم اذا حلفتم فقابل اللغو بالمنعقدة فاذا لم تكن هذه لغوا كانت منعقدة قيل له
ان الله تعالى نفى المواخذة عن يمين الغموس واثبتها في اليمين المنعقدة وقد بينا ان هذه
غير منعقدة لانها لا توجب شيا ولا تثبت تحريما فان قيل وجد الحلف بالله تعالى والمخالفة
مع القصد والاختيار من مكلف فوجب الكفارة اصله اليمين على المستقبل واذا قال
لاقتلن فلانا وهو يعلم انه ميت قيل له لا نسلم وجود المخالفة لان ذلك لا يكون الا في اليمين
المستقبل فاما الماضي فهو خبر بالكذب ويبطل بالمولي اذ لا كفارة عليه مع وجود ما
ذكروا والمعنى في اليمين على المستقبل ان الحنث لا يقارن عقدها فلزمت الكفارة وفي
مسئلتنا لما قارن الحنث عقدها لم يلزم الكفارة واما اذا حلف ليقتلن فلانا فاليمين هاهنا
يتعلق بها ايجاب معنى يجاز ان يتحلل الى الكفارة وفي مسئلتنا لا يتعلق باليمين تحريم ولا ايجاب
معنى فلا يتعلق به الكفارة قال واليمين المنعقدة الحلف على الامر المستقبل ان يفعله
او لا يفعله واذا حلف على ذلك لزمته الكفارة وذلك لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم
الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين ولما روي عن النبي عليه السلام انه قال من

حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد قال
اصحابنا هذه اليمين على ثلثة اضرب يمين يجب الوفا بها وهي اليمين على فعل الواجبات
وترك المعاصي ويمين يجب الحنث فيها وهي اليمين على فعل المعاصي وترك الطاعات
قال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف ان يطع الله فليطيعه ومن حلف ان يعصي الله فلا
يعصيه والضرب الثالث ما خير الناس فيه بين الفعل والترك فمنها ما يندب الى الحنث
فيه وهو ما كان فعله خير من تركه ومنها ما لا يندب الى الحنث فيه وهو المباحات **قال**
ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوا
ان لا يواخذ الله تعالى بها وهذا الذي ذكره مثل قوله والله لقد دخلت الدار و والله ما
كلمت زيدا وعن محمد انه قال اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله بلى والله دليلنا
ما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت في لغو اليمين قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم هو قول الرجل لا والله بلى والله وعن ابن عباس هو الحلف على اليمين الكاذبة وهو
يرى بانه صادق وعن زرارة بن اوفى قال الرجل يحلف على اليمين لا يرى الا انه كما حلف
قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها
سوا وقال الشافعي لا ينعقد يمين المكره لنا قوله عليه السلام ثلثة جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق واليمين فدل على ان القصد غير معتبر ولما روي ان حذيفة بن اليمان
واباه خرجا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلحقاه ببدر رفقا تلامعه فاخذهما
المشركون واستحلفاهما ان لا يعينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما وصلا اليه
ذكرا ذلك له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اوف لهم بالعهد ونستعين بالله
عليهم ولانه مكلف فانعقدت يمينه كغير المكره فان قيل الاكراه يمنع صحة الكفر
فوجب ان يمنع صحة اليمين اصله النوم والجنون قيل له النوم والجنون ينفي التكليف
فمنع انعقاد اليمين والاكراه لا ينفي التكليف فلا يمنع انعقاد اليمين واما اذا حلف
وفعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فانه يحنث وقال الشافعي لا يحنث لنا قوله تعالى ذلك
كفارة ايمانكم اذا حلفتم والمراد به اذا حلفتم وحنثتم والناسي حانث فلزمته الكفارة بظاهر
الاية والدليل عليه انه حانث هو ان الحنث في اللغة وجود المخالفة في يمين منعقدة الا ترى
ان اهل اللغة اذا وضعوا اسما مشتقا من فعل لم يفصلوا فيه بين النسيان والعمد دلالة

اسم الضارب والقاتل وقد روي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد بن المسيب
وغيرهم ولانه اتى بالفعل المحلوف عليه لو انضم اليه حنث به قصدا كما لو فعله ذاكرا فان قيل
قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم قيل له هذا يقتضي
رفع الماثم ووجوب الكفارة ولا يقف على الماثم فان قيل ما لا يدخل في الامر والنهي لا يدخل في اليمين
اصله اذا فعله حال النوم والجنون قيل له لا نسلم ان فعل الناسي لا يدخل في الامر
والنهي وانما لا ياثم به فاما ان ترتفع احكامه فلا **قال** واليمين بالله تعالى وذلك لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كان حالفا فليحلف بالله تعالى وذلك لما روي
اوليدع ولان هذا الاسم لا يشاركه فيه غيره واليمين يقصد بها تعظيمه وهتك حرمة اسمه
لا يجوز على التابيد **قال** او باسم من اسمايه كالرحمن والرحيم وانما قلنا انه يكون حالفا بكل
الاسما التي لا يشاركه فيها غيره على الاطلاق وان لم يتعارف لان اليمين بغير الله تعالى لا تجوز
والظاهر ان الحالف قصد يمينا صحيحة فيحمل الاسم على ما يصح الحلف به الا ان يقصد به غير
الله تعالى فلا يكون حالفا **قال** او بصفة من صفات ذاته كعزة الله وجلاله وكبريايه وذلك
لان صفات الذات ليست بمعنى غير الله فصار ذكرها كذكره فاذا قال وعزة الله فكانه قال
والله العزيز **قال** الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا وهذا الذي ذكره استحسان والقياس
ان يكون يمينا وبه قال الشافعي وجه الاستحسان ان العادة انهم العلم ويريدون به المعلوم
ويقولون اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك والحلف بمعلوم الله تعالى بغيره فلا يصح فان
قيل قد يذكرون الله القدرة ويريدون بها المقدور ويقولون لما يستطعمونه
انظر الى قدرة الله قيل له الامر كذلك ولكن بينهما فرق وهو ان الموجود قد خرج لوجوده
ان يكون مقدورا فلا يجوز ان يريده بالحلف وما لم يوجد فهو معدوم وهم لا يحلفون
بالمعدوم فعلمنا انه حلف بصفة من صفات الله تعالى وهي القدرة وليس كذلك العلم
لانهم يحلفون بالمعلوم الموجود لان وجوده لا يخرجه من ان يكون معلوما وجه القياس انه
حلف بصفة من صفات الذات كالقدرة وقيل له ان حلف بالعلم الذي هو الصفة فهو
حالف كالقدرة وانما الخلاف فيما اذا ارسل الكلام ولم يكن هناك ما يدل على التخصيص
بالصفة **قال** وان حلف بصفة من صفات الفعل كغضب الله وسخطه لم يكن حالفا
لان هذه الصفات غيره والحلف بغير الله تعالى لا يصح والذي يعرف به صفات الذات

من صفات الفعل هو ان كل ما وصف الله تعالي به ولم يجز ان يوصف بضده فهو من صفات
ذاته كالعلم والقدرة وما جاز ان يوصف به وبغيره فهو من صفات الفعل كرحمته وغضبه
قال ومن حلف بغير الله تعالي لم يكن حالفا كالنبي صلي الله عليه وسلم والقران والكعبة
وجملة ذلك ان الحلف بغير الله تعالي معصية لا يجوز فعلها وذلك روي بن عمر ان النبي
صلي الله عليه وسلم سمع عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال
عليه السلام ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
وروي انه قال من حلف بغير الله تعالي فقد اشرك وروي انه عليه السلام قال
لا تحلفوا بابايكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله تعالي ولا تحلفوا الا بالله ومن حلف
له بالله فليرض ومن لم يرض فليس منا ولان القصد بالحلف تعظيم المحلوف به وذلك لا
الا الله تعالي واذا ثبت انه منهي عن الحلف به لم تلزمه كفارة لانه ليس بيمين قال والحلف
بحروف القسم الواو كقولنا والله وانما اعتبر واحروف القسم لتعلق الكلام بعضه ببعض
قال وحروف القسم الواو كقولنا والله والبا كقولنا بالله والتا كقولنا تالله وقد دل
علي انعقاد الحلف بحرف البا قوله تعالي يحلفون بالله ما قالوا واما التا فقوله تعالي تالله
لقد ارسلنا الي امم من قبلك واما الواو فقوله تعالي والله ورسوله صلي الله عليه وسلم
والله لاغزون قريشا وقد قيل ان الاصل هو البا لانها لا تكون في اسم الله تعالي وفي غيره
وتكون في الضمير والمظهر ثم الواو وهي اخص من التا لانها تكون في المظهر دون المضمر
والتا اخص منهما لانها لا توجد الا في اسم الله تعالي قال وقد يضمر الحرف فيكون به حالفا كقول
القايل الله لا افعل كذا وقد دل علي ذلك ما روي ان ركانة طلق امراته البتة فقال له رسول
الله صلي الله عليه وسلم الله ما اردت الا واحدة ولان العرب قد تحذف بعض الكلمة علي وجه
التخفيف واما اذا قال لا افعل كذا فيجب ان يكون يمينا الا ان اللام يقوم مقامه الباء
قال الله تعالي امنتم له قبل ان اذن لكم وقال في اية اخري امنتم به قبل ان اذن لكم وكذلك
اذا قال وايم الله وايمن الله كان حالفا لان العرب تحلف بذلك وتجعله يمينا قال
قال ابو حنيفة اذا قال وحق الله فليس بحالف وهذا الذي ذكره قول محمد ايضا
واحدي الروايتين عن ابي يوسف وقال ابو يوسف في الرواية الاخري هو يمين وبه
قال الشافعي وجه قولهم ما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم سيل عن حق الله

علي

علي عباده فقال ان تعبدوه ولا تشركوا به شيا فصار كانه حلف بالعبادات وجه قول
ابي يوسف ان الله تعالي يوصف بانه الحق واذا كان كذلك من صفات ذاته فصار كانه قال
والله الحق قيل له الحق اسم من اسما الله تعالي فلو اراد الحالف ذلك لقال والحق فلما قال
وحق الله فقد ذكر حقا مضافا اليه فلا يكون حلفا واذا قال وعمر الله كان حالفا
وقال الشافعي لا يكون حالفا لنا انه انه من الفاظ القسم بدليل قوله لعمرك انهم لفي
سكرتهم يعمهون ولان العمر هو البقا فكانه قال وبقا الله تعالي وذلك صفة من
صفات ذاته فيكون يمينا فان قيل ان الله تعالي قد يقسم بما لا ليس يقسم منا كقسمه
بخلقه قيل له اذا ثبت انه من الفاظ القسم ثبت انه يمين لانه اقسم بصفة من صفات
ذاته ولا احتمال في اللفظ حتي يعتبر فيه النية كما يعتبر الشافعي فيه النية قال
واذا قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف
وقال زفر لا يكون حالفا الا ان يكون ذكر الله تعالي وبه قال الشافعي وجه قول اصحابنا
قوله تعالي يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال تعالي اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا
يستثنون ولم يقل بالله والاستثنا انما يدخل في اليمين وقال تعالي اذا جاءك المنافقون
قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة ولان العرب تحذف بعض الكلام
علي وجه التخفيف فيكون ذلك كالمعلوم لان الحلف لا يكون الا بالله تعالي والذي يؤكد
ذلك ان عبد الله بن صفوان جا الي النبي عليه السلام تابيا ليبايعه علي الهجرة فقال
صلي الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح فقال العباس اقسمت يا رسول الله لتبايعنه
فمد رسول الله صلي الله عليه وسلم يده وبايعه وقال ابررت قسم عمي ولا هجرة
بعد الفتح وجه قول زفر انه يحتمل اذا اراد الحلف بالله ويحتمل غيره فلا يجوز اثبات
اليمين بالشك فان قيل لفظ عري عن اسم الله تعالي وصفته فوجب ان لا يكون يمينا
يتعلق به الكفارة اصله اذا قال اولي لا افعلن كذا قيل له لا نسلم ان اللفظ عري عن الاسم
اذا كان يحذف وقد وانا ارادته لم يتلفظ فلا يصح لان ما دل عليه الكلام من الحذف فحكم
المذكور لا يختلفان في المعني واما اولي فهو يمين عندنا والعرب تذكر ذلك حلفا وقد
قال اصحابنا ايضا ان قصد بهذه الالفاظ غير اليمين لم يكن حالفا قال وكذلك قوله
وعهد الله وميثاقه وذلك لقوله تعالي واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا

الايمان بعد توكيدها فجعل العهد يمينًا والميثاق في معناه وقد روي عن النبي عليه السلام
انه كان اذا بعث جيشا قال في وصيته فان اراد وكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة
رسوله فلا تفعلوا وهذا يدل على ان الذمة يمين قال وعلي نذر او نذر الله يعني انه يكون
يمينًا وذلك لقوله عليه السلام ومن نذر نذرا سماه فعليه الوفا به ومن نذر نذرا لم يسمه
فعليه كفارة يمين وقال النبي عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين قال
وان قال ان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او كافر يعني انه يمين وعلى هذا اذا قال
انا بري من الاسلام ان فعلت كذا انه يمين وقال الحسن عن ابي حنيفة انه قال انا بري
من كل اية في المصحف ان فعلت كذا ففعله فعليه كفارة يمين وقال ابو الحسن كلما
يكون اعتقاده كفرا او استحلاله مما لا يجوز ان يحله الشريعة ففيه الكفارة اذا حنث
به وكذلك اذا قال انا عبدك مرتد عن الله او اعبد الصنم وهذا كله استحسان
والقياس ان لا يكون حالفا وبه قال الشافعي وجه القياس انه حلف بمعصية فصار
كقوله ان فعلت كذا فانا شارب خمر او اكل ميتة وجه الاستحسان ما روي جارحة بن
بن زيد عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام سيل عن رجل قال هو يهودي او نصراني او
بري من الاسلام وحلف ثم حنث قال كفارة يمين وعن بن عباس وابن عمر فيمن حلف
باليهودية انها يمين تكفر ولان الكفر لا يجوز استباحته على التابيد لحق الله تعالى
فصار كحرمة فجاز وجوب الكفارة بهتك تلك الحرمة وليس كذلك شرب الخمر واكل
الميتة لانه ليس بمحرم على التابيد الا ترى انه كان يجوز ان يباح وقد ابيح ذلك ايضًا
حال الضرورة قال وان قال علي غضب الله وسخطه او انا زان او شارب خمر او اكل
ربا فليس بحالف وذلك لان السخط والغضب هو العذاب فكانه قال علي عذاب الله
فلا يكون حالفا قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وذلك
لان الله تعالى اوجب تحرير رقبة مطلقة في الموضعين فما جاز في احدهما جاز في الاخر
وقد بينا ذلك في الظهار قال وان شا كسي عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد
وذلك لقوله تعالى او كسوتهم فاوجب الكسوة فما يتناوله الاسم وجب ان يجزي والقميص
والملحفة والجبة والقبا يقال للابسها مكتسي فيجزي فاما القلنسوة والخف فلا يقال
لابسهما مكتسي فلا يجزي قال ادناه ما يجزي فيه الصلاة وهذا الاعتبار الذي
ذكره

ذكره هو قول محمد وعلى قول اصحابنا الاعتبار بما يسمى به مكتسيا واختلفوا في السراويل
والصحيح عنهم انه لا يجزي لان لابسه يقال عنه انه عريان فلم يتناوله اسم الكسوة وعن
محمد انه يجوز وهو قول الشافعي لان الصلاة تجزي فيه كالقميص واما العمامة فان كانت
تكفي القميص جازت في الكسوة وان كانت صغيرة لم تجز قال وان شا اطعم عشرة مساكين
فقد دل عليه قوله تعالى فاطعام عشرة مساكين ويجزي فيه التمليك والتمكين وقد بيناه
في كفارة الظهار وقد قالوا اذا اطعم خمسة وكسى خمسة فالمشهور عنهم انه يجزي احدهما
عن الاخر بالقيمة وعن ابي يوسف انه ان نوى ذلك عند الاخراج جاز وان لم ينو لم يجز
وقال الشافعي لا يجزي حتى يكمل احد الصنفين وجه قولهم ان احد الجنسين لا يجزي
مع الاخر الا بالقيمة فوجب ان يحمل اخراجه على الوجه الجايز لئلا يودي الى اسقاطه ولان
القيمة عندنا بمنزلة المنصوص عليه فلا يحتاج الى اكثر من نية الكفارة وقد وجد ذلك
ولا يشبه هذا اذا اخرج الطعام الجيد عن الوسط اقل منه لان الجودة لا قيمة لها
عند ملاقاة جنسها فكانه اخرج الواجب ولا يشبه هذا ايضا اذا اخرج في الفطرة
حنطة وشعيرا لان من اصحابنا من جوز ذلك بالقيمة ومنهم من منع ذلك لان الجميع منصوص
عليه بفرض واحد فصار بمنزلة النوع الواحد فلا يجزي بعضه عن بعض بالقيمة وفي
مسلتنا الاطعام والكسوة الفرض من كل واحد منهما غير الفرض من الاخر الا ترى
ان احدهما يراد لسد الخلة والاخر لستر العورة فجاز احدهما عن الاخر بالقيمة وجه
قول ابي يوسف ان كل واحد منهما يجزي عن نفسه ويجزي عن القيمة فصار كالديون
المختلفة والكفارات المختلفة واما خلاف الشافعي فهي مبني على جواز اخراج القيمة في
الزكاة والكفارة وقد مضى قال وان لم يقدر على احد الثلثة الاشيا صام ثلاثة
ايام متتابعات وذلك لان الله تعالى جمع في كفارة اليمين بين التخيير والترتيب
وهو قوله تعالى فاطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او
تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام فخير بين الاشيا الثلثة ثم اوجب الصوم
عند العجز عن واحد منها وقد قال اصحابنا صوم كفارة اليمين متتابع وقال
الشافعي هو فيه بالخيار لنا قوله تعالى فصيام ثلثة ايام واطلاق الامر يقتضي الفور
وهو التتابع وقد روي في قراة ابن مسعود وابي بن كعب فصيام ثلثة ايام

متتابعات ونسخ التلاوة لا يوجب نسخ الحكم ولانه صوم موجب للتكفير فكان متتابعا كالصوم في كفارة الظهار فان قيل

والاطلاق الامر يقتضي الفور وهو التتابع وقد روي في قراة ابن مسعود وابي بن كعب
فصيام ثلثة ايام متتابعات ونسخ التلاوة لا يوجب نسخ الحكم ولانه صوم هو بدل
في الكفارة فكان متتابعا كصوم الظهار فان قيل صوم ترك به القران مطلقا فلم يجب
فيه التتابع اصله قضاء رمضان قيل له لا نسلم ان القران نزل به مطلقا والمعنى في قضا
رمضان انه لم يثبت بدلالة في كفارة **قال** وان قدم الكفارة علي الحنث لم يجزه وقال
الشافعي يجوز تقديم الكفارة الا في الصوم واذا كانت اليمين علي معصية ففي تقديم
الكفارة وجهان لنا ان الكفارة موضوعها التغطية ولم يوجد باليمين معني يحتاج
الي تغطية تختص باليمين فلم يكن التعجيل كفارة ولا ينوب عن الكفارة ولا يلزم الخاطي
لانا قلنا موضوعها التغطية ويجوز ان يتبع ذلك ما ليس منه ولانه احد نوعي التكفير
فلا يجوز تقديمه علي الحنث كالصوم ولان اليمين ليست سببا في الكفارة وان كانت
شرطا لان السبب ما يتوصل به الي الشي واليمين يعقد للبر لا للحنث فلا يجوز ان يكون
سببا ولانها لو كانت سببا جاز اجتماعها مع المسبب كالنصاب مع الحول فلما لم يجتمع
اليمين مع الحنث دل انها ليست بسبب فيما يجب الحنث ولان الكفارة بعد اليمين
تقف علي فعل يحدثه الحالف فما تقدم لا يكون سببا فيها كالاحرام لما وقف وجوب
الكفارة بعده علي فعل يحدثه المحرم لم يكن الاحرام سببا في الكفارة فكذلك الصوم
فان قيل روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من حلف علي يمين وراي غيرها
خيرا منها فليكفر عن يمينه وليات الذي هو خير قيل له اصل الخبر فليات الذي هو
خير وليكفر ولو ثبت ما قالوه كان المراد به التقديم لانه معلوم ان الكفارة
لا تجب الا بالحنث وهذا كقوله في المحرم اذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما
اسفل الكعبين والقطع مقدم في المعنى وان اخر فان قيل كفارة العتق يجاز تقديمها
علي حال وجوبها ككفارة القتل قيل له هذا يبطل بكفارة الفطر فانها تعتق ولا تقدم
علي وجوبها والمعنى في كفارة القتل انها تتعلق بالجرح بشرط الموت لان الجرح فعله
والموت ليس من فعله فاذا وجد الجرح فقد وجد ما يتعلق به الوجوب وفي مسئلتنا
الكفارة لا تجب باليمين بدليل انه اذا بر فيها لم تجب وانما تجب بالحنث ولم يوجد **قال**
ومن حلف علي معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث

ويكفر

ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف ان يعصي الله فلا يعصيه وقال عليه
الصلاة والسلام من حلف علي يمين وراي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر
عن يمينه **قال** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث
عليه وقال الشافعي ينعقد يمينه فان حنث في حال الكفر كفر بالعتق او الكسوة
والاطعام دون الصوم وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم لنا قوله تعالي فقاتلوا
ايمة الكفر انهم لا ايمان لهم ولما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم اراد ان يتزوج
امراة زيد بن حارثة فقالت اني عاهدت زوجي ان مات قبلي ان لا اتزوج ابدا وعاهدني
كذلك فقال عليه السلام ان كان ذلك في الجاهلية فارفضيه عنك وان كان في حال
الاسلام ففي بعهدك ولانه لا يصح منه التكفير بالصوم بحال فلا ينعقد يمينه كالصبي
والمجنون فان قيل روي ان عمر قال للنبي صلي الله عليه وسلم اني كنت نذرت في الجاهلية
ان اعتكف ليلة فقال عليه السلام اوف بنذرك قيل له هذا علي وجه الاستحسان
وقد روي ان قيس بن عاصم قال للنبي صلي الله عليه وسلم اني نذرت نذرا في الجاهلية
فقال صلي الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله فان قيل من حلف في الدعاوي
بالله تعالي وجب ان يصح يمينه في غيرها اصله المسلم قيل له اليمين في الحقوق تقع علي
الماضي وذلك غير منعقد والخلاف في انعقاد يمينه فلا يجوز ان يستدل علي انعقادها
باستحلافه يمينا لا ينعقد ولان الكافر يستعظم اليمين والغرض من اليمين ذلك
حتي لا يقدم علي الحلف كاذبا فقد حصل الغرض اذا والحاكم يضطر الي ذلك في الدعاوي
اذ لا سبيل له الي قطع الخصومة الا بها ولا ضرورة لنا الي انعقاد يمينه وتكفيره
قال ومن حرم علي نفسه شيا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين
فان قال كل حلال علي حرام فهو علي الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك
وقد بينا جميع ذلك في كتاب الظهار **قال** ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفا به وذلك
لقوله عليه السلام من نذر نذرا سماه فعليه الوفا به ومن نذر نذرا ولم يسمه
فعليه كفارة يمين **قال** وان علق نذره بشرط فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس النذر
وروي ان ابا حنيفة رجع عن ذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فلله علي حجة او صوم سنة
او صدقة ما املك اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد وقال الشافعي هو

بالخيار بين الوفا به وبين كفارة يمين وجه قولهم المشهور قوله عليه السلام من نذر
نذرا وسماه فعليه الوفا به ولم يفصل ولانه لو اطلقه لزمه الوفا به فكذلك اذا علقه
بشرط كالعتق ولان ما يقوله الشافعي يودي الي التخيير بين القليل والكثير بيان
ذلك انه لو قال ان كلمتك فلله علي اطعام مسكين فكلمه خير من اطعام واحد او عشرة
وهذا محال فان قيل روي عن ابن عمر وابن الزبير وعبد الله بن عمر انه يجزي
فيه كفارة يمين ولا يعرف لهم مخالف قيل له روي عن انس مثل قولنا ولانه
نقل عن بعضهم الكفارة وعن بعضهم الوفا به ولم ينقل عن واحد منهم التخيير
فالقول به خلاف الاجماع فان قيل المقصود منه الامتناع دون الايجاب
الا ترى انه لو اراد الايجاب لاطلق فصار في معنى اليمين قيل له ما تعلق
بالشرط لا يفترق فيه الشروط بالشرط لا يفترق فيه الشروط ولو قال ان قدم
فلان وعلق به النذر لم يكن في معنى اليمين لذلك ما ذكروه البيعة لم يحنث
وذلك لان هذه المواضع لا تسمى بيوتا في العادة والمعتبر في الايمان الاسم
المعتاد فان قيل ان الله تعالى سماها بيوتا بقوله في بيوت اذن الله ان ترفع قيل
له المعتبر في الاسم المعتاد [الايمان] دون ما ورد به القران **قال** ومن حلف لا يتكلم فقرا
في الصلاة لم يحنث وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يحنث وجه القياس
ان التكبير والقراة كلام فصار كغيره وجه الاستحسان ان ذلك غير مراد ولا
مقصود باليمين في العادة الا ترى انهم يقولون لم يتكلم فلان في صلاته وان كان يزيد
قرا فيها واما اذا قرا القران في غير الصلاة فانه يحنث وقال الشافعي لا يحنث
والتزم بعض اصحابه اذا سبح او كبر انه لا يحنث لنا ان الكلام عبارة عن حروف
منظومة واصوات منقطعة فيجب ان يحنث اذا اتى بذلك الا ما يستثنيه
من يمينه بلفظ او عبارة فان قيل ما ليس بكلام في حق الحالف في الصلاة كذلك
في غير الصلاة اصله الاشارة قيل له هو الكلام في الصلاة الا انه مستثنى
من يمينه بلفظ او عبارة بالعادة الا ترى ان الانسان لا يحلف على ترك الكلام
ليدع الصلاة فصار ما اتى به في صلاته من الاذكار خارجا عن يمينه بالعرف
فهو كالخارج بالاستثنا **قال** ومن حلف لا يلبس ثوبا هو لابسه فنزعه
في الحال

في الحال لا يحنث وكذلك اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل
لم يحنث وان لبث ساعة حنث وهذا الذي ذكره قول اصحابنا وقال زفر يحنث
بكل حال وجه قولهم ان اليمين تنعقد على ما يمكن الاحتراز عنه دون ما لم يمكن الا
ترى ان الانسان يحلف لينزل فيحنث ومعلوم انما بين الحلف والنزول لا يمكن
الاحتراز عنه فتنا ولته اليمين سواه وجه قول زفر انه قد وجد عقيب اليمين
جزو من الركوب واللبس فصار كما لو لبث بعد اليمين **قال** وان حلف لا يدخل
هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل وقال الشافعي في بعض
كتبه يحنث والتزم بعض اصحابه انه اذا قال لا اخرج وهو خارج انه يحنث
لنا ان الدخول هو الانفصال من خارج الدار الى داخلها والانفصال الخروج
منها الى خارجها والبقا على كل واحد منهما لا يتناوله الاسم فلا يقع به الحنث ولان
الدخول لا يوصف بالامتداد في الوقت لانه لا يقال دخلت الدار يوما ولو كان البقا
يسمى باسم الابتدا لوصف بالامتداد في الوقت كالركوب واللبس فان قيل ابتدا الدخول
والاستدامة في التحريم سوا فوجب ان يكونا في الحنث سوا في الركوب قيل له الدار
اذا احرم لم يحرم البقا بتحريم الدخول لكن الدليل اقتضى تحريم الكون فيها فاستوى في
ذلك الاحوال كلها **قال** وان حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خرابا لم يحنث ومن حلف
لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحرا حنث وقال الشافعي لا
يحنث في الوجهين لنا ان اليمين اذا انعقدت على عين مسماة تبقى ببقا الاسم بدليل
من حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت بعض بنايها وتغيرت عمارتها حنث وكذلك
لو حلف لا ياكل هذا الطعام ففسد ثم اكله حنث ولو حلف لا يلبس هذا الردا فاتزر
به حنث والدار تسمى دارا بعد زوال البنا لانها اسم لما احاطت به الدائرة والعرب
تسمي الارض دارا عند نزولها وتسميها دارا بعد رفع البيوت منها وهذا استعمال
ظاهر بينهم فهو في حكم الحقيقة واذا سميت دارا بقيت اليمين ببقا الاسم ولا يلزم
اذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا مهدومة انه لا يحنث لان اليمين المطلقة تحمل
على العادة والدور المعتاد دخولها هي المبنية ولا يلزم من حلف لا يكلم هذا
الشاب فكلمه وقد صار شيخا لانا قلنا ان اليمين تبقى ببقا الاسم ولم يتعرض لها

اذا زال الاسم وههنا قد بقيت مع زوال الاسم فلا يلزم فان قيل لما لا يدخل في اليمين
مع الاطلاق وجب ان يخرج منه مع التعيين اصله اذا قال والله لا اكل حنطة
فاكل دقيقا قيل له اذا اطلق حملت اليمين على المعتاد المطلق فاذا عين حمل على ما يتناوله
الاسم مطلقا وغير مطلق الا ترى انه لو قال والله لا اقعد في سراج فقعد في الشمس لم يحنث
ولو قال لا اقعد في هذا السراج حنث بالقعود فيها قال ولو حلف لا يدخل هذا
البيت فدخله بعد ما انهدم لم يحنث وذلك لان البيت اسم للبنا ولهذا اسمي العرب
الاخبية بيوتا فاذا زال البنا زال الاسم فزالت الاسم اليمين قال ومن حلف لا يكلم
زوجة فلان فطلقها فلان ثم كلمها حنث وان حلف لا يكلم عبد فلان او لا يدخل دار فلان فباع
عبده وداره فكلم العبد ودخل الدار لم يحنث وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وجه قولهما ان الدار والعبد لا يقصد بالمعادات وانما
يمتنع من كلام العبد ودخول الدار لمعنى يعود الى مالكهما فصار المالك هو المقصود
فكانه قال ما دام ملكا لفلان وليس كذلك زوجة فلان لان الزوجة تقصد في نفسها
بالمعادات والموالاة فالمقصود عينها والاضافة للتعريف فلذلك حنث وجه قول
محمد ان التعيين اذا حصل سقط حكم الاضافة للتعريف فكذلك حنث وجه
قول محمد كما لو قال لا اكلم صاحب هذا الطيلسان قال وان حلف لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث وكذلك اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد
ما صار شيخا او لا ياكل لحم هذا الحمل فصار كبشا فاكله حنث وذلك لان امتناعه من
الكلام انما هو استخفافا به ولا يجوز ان يكون ذلك لاجل طيلسانه ولا لاجل شبابه فدل
على ان المقصود عينه باليمين وذكر الشباب والطيلسان على وجه التعريف
وكذلك الحمل المقصود الامتناع من لحمه وذلك موجود وان صار كبشا ولا يقال
ان اليمين عندكم تبقى ببقاء الاسم وقد زال الاسم لان اسم الحمل لم يزل وانما تغيرت
صفته وذلك لا يؤثر مع بقاء الاسم قال وان حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على
ثمرها وذلك لان النخلة لما لم يتات اكلها حملت اليمين على ما يتولد منها ولا يشبه
هذا اذا قال لا اكل من هذا العنب فاكل زبيبا او عصيره انه لا يحنث لان العنب
يتاتى اكله فحملت اليمين على الحقيقة ولم تحمل اليمين على ما يتولد منه واذا ثبت
هذا

هذا قلنا اذا اكل من ثمر النخلة وطلعها او جمارها او بسرها او دبسها الذي يخرج من ثمرها يحنث
وان اكل من ناطف عمل من ثمرها لم يحنث لانه خرج من الابتدا فكل ما خرج من النخلة على وجه الابتدا
دخل في اليمين وكل ما اخرج عن حد الابتدا لحدوث صنعة فيه لم يتناوله اليمين قال فان
حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث ولما بينا ان اليمين اذا تعلقت بقيت
ببقا الاسم وزالت بزواله فقد زال الاسم الذي تعلقت به اليمين فلم يحنث قال وان حلف
لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لان الرطب لا يسمى بسرا فلم ياكل مما يتناوله اليمين قال
ومن حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا حنث عند ابي حنيفة وهو قول محمد ايضا وقال
ابو يوسف لا يحنث وجه قولهما ان البسر المذنب فيه جزء من الرطب ومن حلف لا ياكل رطبا
حنث باكل جزء منه ولانه بسر ورطب فصار كمن جمع بينهما وجه قول ابي يوسف ان اسم
الرطب لا يتناوله وانما يقال بسر فلم يحنث باكله وهذا يبطل بمن حلف لا ياكل سمنا فاكل سويقا
فيه سمن ظاهر انه يحنث وان لم يتناوله الاسم قال ومن حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لم
يحنث لان اطلاق اسم اللحم لا يتناوله ويبين ذلك ان القائل يقول ما اكلت لحما منذ كذا وان
كان قد اكل السمك ومن حكم الاسم ان يحمل على اطلاقه في الايمان فان قيل قال الله تعالى لحما طريا
قيل له الايمان لا تحمل على لفظ القران بدليل ان من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث
وان كان الله تعالى سماه دابة ولو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه
الله بيتا قال ولو حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحنث فيهما وهو قول الشافعي وهذه المسئلة مبنية
على اصل وهو ان اليمين اذا تناولت حقيقة ومجازا اعتبر التعارف من ذلك فان كانا متعارفين
حمل على الحقيقة عند ابي حنيفة وقالا يحمل عليهما وجه قولهما وجه قول ابي حنيفة ان الحقيقة
هي اللفظ المستعمل فيما وضع له والمجاز معدول به عن اصله ويستحيل ان يكون اللفظ الواحد
مستعملا في مكانه وفيما عدل به اليه لانه متضاد في حالة واحدة وجه قولهما ان الاسم يصلح
لهما والارادة لا تنافيهما فصار كسائر اسماء العموم واذا ثبت قال ابو حنيفة في مسئلتنا
ان الكرع من الدجلة هو الحقيقة وذلك متعارف يفعله كثير من الناس والمجاز ايضا متعارف
وهو ان ياخذ بالاناء فحملت اليمين على الحقيقة وعندهما يحمل على الامرين فان قيل المشروب
مقدر في اللفظ فكانه قال والله ما اشرب من ما دجلة فحذف المضاف واقام المضاف

اليه مقامه قيل له ان اراد الحالف الحذف حذف بيمينه عليه والخلاف فيمن اطلق اللفظ ومن اصحابنا
من قال لا خلاف فيها في الحقيقة لان ابا حنيفة شاهد العرب بالكوفة يفعلون هذا ظاهرا
معتادا فحمل اليمين عليه وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلون ذلك الا نادرا فلم يختص به اليمين
قال وان حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء حنث وذلك لان اليمين عندنا على
الماء دون النهر وذلك موجود وان اخذه باناء وفي المسألة الاولى عقد يمينه على النهر فهو كقوله
لا اشرب من هذا الكوز فطرح في كوز اخر فشرب انه لا يحنث وقد قالوا لو حلف لا يشرب
من دجلة فشرب من نهر اخر ياخذ من دجلة لم يحنث لان الاضافة قد زالت وحصلت في النهر
الثاني ولو كان قال من ماء الفرات حنث بشربه من نهر ياخذ من الفرات لان ذلك لا يخرج
ان يكون ماء الفرات قال ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة فاكل من خبزها لم يحنث وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وذلك لان ليمينه حقيقة متعارفة وهو ان ياكل الحنطة كما هي مطبوخة
ومقلية ولها مجاز متعارف وهو ان ياكل من خبزها فحملت اليمين على الحقيقة دون المجاز
وعلى قول ابي يوسف ومحمد يحمل عليهما قال ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه
حنث وان استفه كما هو لا يحنث وقال الشافعي ان اكل من خبزه لم يحنث وان استفه حنث
لنا ان حقيقة الكلام اكل الدقيق كما هو وذلك غير متعارف ومجاز الاكل مما يتخذ منه وذلك
متعارف والواجب حمل اليمين على المجاز المتعارف دون الحقيقة التي لا تتعارف كمن قال
لا اكل من هذه النخلة حملت اليمين على ما يتولد منها ولا يحمل على الحقيقة وهو اكل خشبها
وليس كذلك اذا نوى اكل الدقيق لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق فان قيل اكل المحلوف
على ترك اكله مع بقاء الاسم الذي علق به يمينه به فاختيارا ذاكرا ليمينه فوجب ان يحنث
اصله اذا حلف لا ياكل هذه الحنطة فاكلها على جهتها قيل له يبطل من حلف لا ياكل من هذه
النخلة قال وان حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث وذلك لانه كلمه
وقد وصل الكلام الى سمعه وهناك مانع من الفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل قال
وان حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث هذا هو المشهور من قولهم
وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي وجه قولهم ان الاذن اباحة فلا يثبت من
غير علم كاباحة صاحب الشريعة ولانه ماخوذ من الاعلام ومنه قوله تعالى واذان
من الله ورسوله فاذا اذن ولم يسمع لم يكن اعلاما ولا يلزم اذا اذن له وهو نايم لان الكلام

قد

قد وصل الى سمعه وهناك مانع من التمييز فصار كالمستيقظ اذا اذن له فلم يفهم فان قيل
كلمه بعد وجود الاذن من جهته فوجب ان لا يحنث اصله اذا علم قيل له لا نسلم انه يكون
اذنا الا بعد العلم ولانه اذا علم فلم يصر مستثنا قاله واذا لم يعلم فقد صار مخالفا له وهو وجود
الكلام المحلوف عليه فيحنث قال واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمه بكل داعر دخل
البلد فهو على حال ولايته خاصة وذلك لان غرض الوالي ان يرفع اليه الخبر ما دام واليا
واذا زالت الولاية ارتفعت اليمين قالوا فان عاد العامل الى ولايته لم تعد اليمين لانها كانت
مخصوصة بحال الولاية وقد زالت بزوالها وعلى هذا لو حلف على زوجته الا تخرج الا
باذنه او على عبده ثم باعه وطلق الزوجة انحلت اليمين لان غرضه ان لا تخرج من له عليه
ولاية الا باذنه قال ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده لم يحنث وقال
الشافعي يحنث لنا انها مضافة الى غير المحلوف عليه اضافة مطلقة فصار كدابة مكاتبه
التي ليست للعبد قال واذا حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها او دخل دهليزها
حنث وقال الشافعي اذا وقف على سطحها لا يحنث وكذلك الخلاف اذا وقف على حائطها
لنا ان الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وذلك موجود في علو الدار وسفلها ولانه يحتاج
في حصوله في سطحها الى اذن كما يحتاج في قاعها ولانه لو حلف لا يخرج من هذه الدار فصعد
سطحها لم يحنث ولو لم يكن داخلا بالمصير اليه لصار خارجا بالحصول فيه فان قيل وقف
على موضع لا يحيط به بناء الدار فوجب ان لا يحنث كما لو وقف على راس شجرة تعلو على السطح
قيل له يبطل بما اذا انهدم منها حائط فدخل منه الى ما يليه ولا نسلم الشجرة لان راسها
في حد الدار وذلك منها واما اذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخل غرفة عليه فانه لا
يحنث لان البيت عبارة عن موضع المبيت وكل واحد من البيت وعلوه بيت ومن حلف
على بيت لا يحنث بدخول بيت غيره قال وان وقف على طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لم يحنث وذلك لانه خارج من الدار الا ترى ان الباب يغلق على ما في
الدار فاذا تغلق وهو خارج فليس في الدار قال ومن حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم
دون الباذنجان والجزر وذلك لان الشواء عبارة عما يجعل في النار ليسهل اكله وذلك
موجود في كل نوع الا ان العرف يختص باللحم الا ترى ان الشواء اسم البائع اللحم المشوي
ويقال لم ياكل الشواء وان اكل الباذنجان المشوي واذا كان اطلاق الاسم مبنيا ول

اللحم حمل عليه دون غيره من السمك والباذنجان وغيره فان نوي شيا من ذلك حنث فيه لان
الاسم يتناوله فاذا نواه عملت بنية **قال** ومن حلف لا ياكل الطبيخ فهو علي ما يطبخ من اللحم
وذلك لان الطبيخ في العرف يسمي ما كان من اللحم دون غيره الا تري انه لا يقال لمن اكل الباقلا
انه اكل الطبيخ فان نوي ما يطبخ باللحم وغيره حنث لانه طبيخ في الحقيقة وانما حملناه علي اللحم
عند عدم النية لان اطلاق الاسم يتناول اللحم خاصة والعموم كلها سوا لان اطلاق الاسم
يتناول الجميع وهذا كله استحسان وقالوا الطبيخ شيا من ذلك فاكل من لحمه او من مرقه
حنث لانه يقال اكل الطبيخ وان لم ياكل من اللحم **قال** ومن حلف لا ياكل الروس فيمينه علي
ما يكبس في التنانير ويباع في المصر هذا هو الصحيح عنهم من غير خلاف في الحقيقة والمذكور
في الكتب ان عند ابي حنيفة يحمل علي روس البقر والغنم هو قوله الاول ثم رجع عنه والاصل في
ذلك ان اسم الروس تمام يتناول راس حيوان الا انه معلوم بالعادة ان الحالف لا يقصد بيمينه
روس الجراد والعصافير وانما يقصد به غير ذلك فوجب ان يرجع فيه الي ما ينطلق عليه الاسم
وذلك ما يكبس في التنانير الا ان ابا حنيفة شاهد الناس في اول الامر يكبسون روس الابل
والبقر فحمل اليمين علي ذلك ثم شاهدهم وقد تركوا روس الابل فحمل اليمين علي روس البقر
والغنم وابو يوسف ومحمد شاهدا الناس ببغداد لا يكبسون الا روس الغنم ولا يطلقون
الاسم الا عليها فحملا اليمين علي ذلك **قال** ومن حلف لا ياكل خبزا فيمينه علي ما يعتاد
اهل المصر اكله خبزا وذلك لان اليمين يجب ان تحمل علي ما ينطلق عليه الاسم فيعتبر ذلك
بعادة اهل كل ناحية فيما يعتادونه فمن اعتاد الحنطة تعينه عليه وكذلك من اعتاد الشعير
او الذرة لتناول الاسم له حال الاطلاق **قال** فان اكل خبز القطايف او خبز الارز
بالعراق لم يحنث لان الاسم في هذه البلاد لا يتناوله علي الاطلاق فلم تحمل اليمين عليه
ولو اكل خبز الارز في البلاد التي يعتاد اكلها اكله حنث لتناول اطلاق الاسم **قال**
ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث وذلك لان هذه العقود
حقوقها يتعلق بالعاقد دون الامر ولهذا لا يضاف الي الامر وانما يضاف الي الفاعل فصار
كان الحالف قال لا التزم حقوق هذه العقود فلم يلتزمها بالامر فلم يحنث ولهذا لو كان
الحالف هو الوكيل حنث قالوا الا ان يكون الحالف سلطانا لا يتولي العقود بنفسه
فيحمل يمينه علي الامر بالعقد فيحنث **قال** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق

وكل

وكل بذلك حنث لان هذه الاشيا لا يتعلق حقوقها بالفاعل بل يضاف الي الامر دون الفاعل
فاستوي في اضافتها اليه حال الفعل والامر فحنث فيهما وقد قال الشافعي لا يحنث
لانه حلف علي ترك فعله فاذا امر به لم يحنث كالبيع والاجارة قيل له ملك العقود لا يضاف
الي الموكل وانما يضيفها الوكيل الي نفسه وهذا العقد يضيفه الي موكله فكانه عقده بنفسه
قال ومن حلف لا يجلس علي الارض فجلس علي بساط او حصير لم يحنث وذلك لما بينا ان المعتبر
في الايمان اطلاق الاسم في العادة ولا يقال جلس علي الارض الا اذا كان باشر الارض
بالجلوس ولم يحل بينهما حصير ولا غيره فاذا جلس علي بساط او حصير لم يتناوله الاسم فلم
يحنث فان جلس علي الارض من غير بساط حنث وان حال بينهما وبينه ثيابه لانه يقال
جلس علي الارض وان كان عليه ثياب فلما تناوله اطلاق الاسم حنث به **قال** ومن حلف
لا يجلس علي سرير فجلس علي سرير فوقه بساط حنث وذلك لانه يقال جلس علي السرير وان
كان فوقه بساط واذا تناوله الاسم حنث **قال** وان جعل فوقه سريرا اخر فجلس عليه لم يحنث
وذلك لانه اذا جعل فوقه مثله سبب الجلوس الي الثاني وزال عن الاول فتعلقت اليمين
بالثاني **قال** وان حلف لا ينام علي فراش بعينه فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه يقال
نام عليه مع وجود القرام فتعلقت اليمين به **قال** وان جعل فوقه فراشا اخر لم يحنث
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف انه يحنث وجه قولهما ان الفراش
الاعلي يقصد بالنوم وينفرد بنفسه فصار هو المقصود بالنوم دون الاول فلم يحنث
كمن حلف لا يجلس علي هذا السرير فجعل فوقه سريرا اخر فقعد عليه وجه قول ابي يوسف
ان كل واحد من الفراشين مقصود بالنوم الا تري انهم يجعلون احدهما فوق الاخر لزيادة
الوطا فصار الاول مقصودا كالثاني فيحنث **قال** ومن حلف بيمين وقال ان شاء الله متصلا
بيمينه فلا حنث عليه وذلك لان هذه الكلمة يدخل في الكلام ليرفع حكمه يدل علي ذلك ان موسي
عليه السلام قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكن حانثا وعن النبي صلي الله عليه
وسلم انه قال من حلف علي يمين فقال ان شاء الله فقد بر في يمينه وقد بينا هذه المسالة فيما
تقدم وبينا خلاف ابن عباس اذا لم يكن يتصل ذلك بكلامه **قال** وان حلف لياتينه ان
استطاع فهذا علي استطاعة الصحة بدليل قوله تعالي لو استطعنا لخرجنا معكم الي قوله
وانهم لكاذبون فكذبهم في انهم غير مستطيعين مع وجود الصحة وزوال العذر واذا كان

[illegible]

كذلك لحمل الكلام عليه فان نوي استطاعة القضا قال الطحاوي يصدق في القضا قال الشيخ
ابو بكر هذا لا يعرف من مذهبهم ويجب ان لا يصدق في القضا لانه يريد صرف الكلام عن ظاهره
بالنية فلا يصدق ولكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه مما يحتمله كلامه **قال** وان
حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وقال الشافعي في الحين
اذا حلف على النفي فيمينه على ساعة واحدة وان حلف على الاثبات ففعل ذلك في اخر عمره جاز لنا
ان الحين يعبر به عن الوقت اليسير قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون ويعبر به عن اربعين
سنة قال الله تعالى حين من الدهر قيل المراد به اربعين سنة ويعبر به عن ستة اشهر قال
الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس النخلة بين جذادها وبين طلوعها ستة
اشهر وقد روي سنة بين ان تطلع الى ان يقطع ولا يجوز ان يريد الحالف بيمينه ساعة لان
من امتنع من ذلك لا يمتنع بيمين ولا يجوز ان يريد الحالف بيمينه ساعة لان من امتنع من
ذلك لا يمتنع بيمين ولا يجوز ان يحمل على اربعين سنه لانه لو اراد ذلك لقال ابدا لانه اكثر
العمر فيجب ان يحمل على الوسط وهو ما روي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب انهما قالا
ستة اشهر فان قيل وقت مبهم فيتناول القليل والكثير قيل له اذا كان الاسم مشتركا
رجع الى نية الحالف فان عدمت لم يجز حمله على القليل لان الاطلاق لا يتناوله والزمان
في معنى الحين **قال** وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابوحنيفة ما ادري
ما الدهر فان كانت له نية فهو على ما نوي ومن اصحابنا من قال ان الدهر بالالف واللام
هو الابد لا خلاف بينهم فيه وجه قول ابي حنيفة ان الدهر لم ينقل عن اهل اللغة
فيه تقدير معلوم فلم يجز اتباعه ورجع الى نية الحالف وجه قولهما ان دهرا ينكر ويراد
به ما يراد بالحين يقال ما رايتك منذ حين كما يقال ما رايتك منذ دهر فاعتبر قدر
احدهما بالاخر فاذا دخل عليه الالف واللام صار عبارة عن الابد وقول ابي حنيفة
لا ادري ليس بعيب لما روي عن النبي عليه السلام سيل عن افضل البقاع فقال
لا ادري فنزل جبريل عليه السلام فقال سالت ربي عن ذلك فقال المساجد وافضل
اهلها من جا اولا وانصرف عنها اخرا وشر اهلها من جا اخرا وانصرف اولا وعن علي
رضي الله عنه انه قال لا يستحيي جاهل ان يتعلم ولا يستحيي عالم ان يقال عما
لا يعلمه ان يقول لا اعلم **قال** ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام وذلك لانه
ذكر

ذكر لفظ الجمع واقل الجمع ثلثة **قال** وان حلف ان لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ايام الاسبوع وجه قول ابي حنيفة ان الالف واللام
للجنس فيقتضي جنس ما يسمى اياما وذلك عشرة الا ترى انه يقال بعد ذلك احد عشر
يوما وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والمعهود في الايام ايام الاسبوع فوجب
حمل اليمين على ذلك **قال** ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اثنا عشر شهرا وجه قول ابي حنيفة ان جنس ما يسمى بالشهور
هو عشرة فحملت اليمين على ذلك وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والشهور
المعهوده اثنا عشر شهرا فتناول اليمين ذلك **قال** وان حلف لا يفعل كذا تركه ابدا وان
حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه وذلك لان اليمين اذا انعقدت
على النفي كان شرط البر عدم الفعل في جميع المدة فاذا فعل في بعضها لم يوجد شرط البر
لانه قد فعل ما حلف عليه **قال** ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة
فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من اذن في كل خروج وقال
الشافعي لا يحنث لنا انه عقد يمينه على خروج واستثنى خروجا بصفة فكل خروج لم يدخل
في الاستثنا فهو داخل في اليمين فحنث اصله اذا قال لها ان خرجت الا ومعك سيف
فانت طالق فخرجت بسيف ثم خرجت بغير سيف وقع الطلاق فان قيل هذه اليمين
جعلت منعا من الخروج بغير اذنه واباحة الخروج باذنه فاذا خرجت بالاذن وجب
ان يبر وسقط اليمين اصله اذا قال الا ان اذن لك قيل له قوله الا ان اذن لك اذا
دخل على ما يتوقت كان للتوقيت بدليل قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في
قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم واذا اقتضى التوقيت لم يدخل ما بعده في اليمين ويصير
بمنزلة قوله ان خرجت اليوم الا باذني فيعتبر الاذن في خروجها في ذلك اليوم دون
ما بعده كذلك هذا **قال** وان قال الا ان اذن لك فاذن مرة واحدة ثم خرجت بعدها
بغير اذنه لم يحنث وقد بينا ذلك **قال** واذا حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع
الفجر الى الظهر والعشا من صلاة الظهر الى نصف الليل والسحور من نصف الليل الى
طلوع الفجر لان الغدا عبارة عن اكل الغدوة وما بعد الزوال لا يسمى غدوة وما بعد نصف
النهار هو اول اوقات العشا والاكل يسمى به ومضاف اليه وقد وجد وكذلك السحور

وقد قالوا لا يحنث في ذلك حتى ياكل اكثر من نصف شبعة لان من اكل لقمة لا يقال تغدى
وقال ايضا يعتبر ان ياكل ما يقصد به الشبع فان اكل غير ذلك لم يحنث وقالوا في الحضري
اذا حلف لا يتغدى فشرب اللبن لم يحنث لما لم يقصد به الشبع ولو كانت اليمين من
بدوي حنث لان ذلك غدا في البادية **قال** وان حلف ليقضينه دينه الى قريب
فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر وقال الشافعي لا حد لذلك
لنا ان ما دون الشهر في حكم القريب والشهر وما فوقه في حكم البعيد بدليل انه لا يجعل
ما دون الشهر اجلا في غالب الاحوال فوجب ان تحمل اليمين على ذلك ولان القريب
والبعيد متضادان وقول المخالف يقتضي ان يتناول احدهما ما يتناوله الاخر فان قيل
ما من زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما هو ابعد منه وبعيد بالاضافة الى ما هو
اقرب منه فليس احدهما اولى من الاخر قيل له اللفظ يجب ان يحمل على ما يتناوله الاسم
عند الاطلاق ولا يعتبر الاضافة الى غيره **قال** ومن حلف لا يسكن هذه الدار
فخرج منها بنفسه وترك فيها اهله ومتاعه حنث وقال الشافعي لا يحنث لنا ان السكنى
يكون بنفسه وبما يسكن به في المكان في العادة غالبا بدليل ان الناس هكذا يسكنون
المنازل وبدليل ان من جلس في المسجد وبات فيه لا يقال انه ساكن فيه ولو كان معه
من اثاثه ما يسكن به قبل ان يسكن في المسجد فاذا حلف لا يسكن فقد انعقدت يمينه
على ازالة ما صار به ساكنا فاذا ازال بعضه لم يبر في يمينه كمن حلف على شيئين ففعل
احدهما ولان الدار يضاف الى الانسان بالسكنى وان كان في سوق او في سفر اذا كان
فيها اهله ومتاعه فتناولت اليمين ذلك فان قيل السكنى في الموضع ان يتخذ ماواه
في الاحوال التي يستتر فيها عن العيون كالاكل والشرب والطهارة والمنام فاذا دخل
الى موضع بهذه النية فقد سكنه واذا خرج منه بنية التحويل وان لا يعود اليه
فقد ترك سكناه ولا يعتبر بالاهل والمتاع وليس كل احد له ذلك قيل له السكنى هو
المقام المستدام بما يسكن به في العادة ولا يمكن المقام الا به على ما بيناه فاما الفقير
فانه لا يسكن في موضع الا بشي يتبعه في العادة واذا صار ساكنا بنفسه وما يتبعه
فزوال السكنى يكون بزوال الجميع **قال** ومن حلف ليصعدن السما او ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها والاصل في هذا ان اليمين عقد والعقد

لايبيع

لا يبيع الا بالمعقود عليه موجودا او متوهما الا ترى ان بيع الاعيان المباحة جايز لوجود
المعقود عليه متوهما دخوله في العقد واذا ثبت هذا قلنا الصعود الى السما وقلب
الحجر ذهبا متوهم وجوده لان ذلك مما يدخل تحت قدرة قادر وقد صعد الانبيا
عليهم السلام الى السما والملايكة تصعد وانما يتقصر قدر غيرهم عن ذلك واذا كانت
اليمين متوهما دخول المحلوف عليه فيها انعقدت وانما حنث عقيبها لان البر ليس له وقت
منتظر لان الله تعالى لم يجر العادة ان يفعل ذلك في غير زمن الانبيا عليهم السلام فحنث في
يمينه لتحقق عدم شرط البر **قال** ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث وان وجدها رصاصا او ستوقا حنث
وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس الجياد بدليل انه يجوز اخذها في ثمن الصرف
واذا كان كذلك وقع بها القضا والاستيفا فبر في يمينه وكذلك المستحقة يقع بها القضا
وانما ينفسخ فيه القبض بعد ذلك لعدم الاجازة واذا وقع به القضا بر في يمينه وليس كذلك
الرصاص والستوق لانها ليست من جنس حقه ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف
فلم يقع بها القضا فحنث في يمينه اذا خرج اليوم ولم يدفع غيرها **قال** ومن حلف
لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه دون بعض لم يحنث حتى يقبض
جميعه متفرقا وذلك لان اليمين على ان لا يقبض جميعه متفرقا فاذا قبض بعضه فلم يوجد
المحلوف عليه فلم يحنث فان قبض الجميع متفرقا حنث لوجود الشرط وهو قبضه متفرقا
قال وان قبض دينه في وزنتين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك
بتفريق لان اليمين في العادة على الاخذ في حالة واحدة وان تفرق الوزن تبين ذلك ان
المال قد يكون كثيرا فلا يمكن وزنه في كفة ولا يعد ذلك تفريقا **قال** ومن حلف
لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في اخر جزء من اجزا حياته وهو مبني على اصل
وهو ان اليمين المطلقة منعقدة في الحال فمتى فات شرط البر حنث فيها وفي مسلتنا شرط
البر منتظر وجوده فاذا صار في اخر جزء من اجزا حياته فقد فات ذلك الوقت تعذر شرط البر في يمين
منعقدة فحنث فيها وليس كذلك اليمين الموقتة لانها تنعقد باخر الوقت فمتى تعذر الفعل
قبل الانعقاد لم يحنث وذلك مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار فعبدي حر فان خرج اليوم
قبل ان يدخل حنث وعتق العبد ولو مات قبل خروج اليوم لم يعتق العبد **كتاب**

الدعاوي الدعوي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره واطلاق الاسم في الشرع يتناول من ادعي شيا لا دلالة عليه بدليل ان من اقام البينة لا يقال له مدع والدليل على ثبوت الدعوي وتعلق الحكم بها ما روي ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لو يعطي الناس بدعواهم لادعي ناس دما قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وفي خبر اخر لكن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه وهذا الخبر وان كان من اخبار الاحاد الا انه قد صار في حيز التواتر لان الامة قد اتفقت على العمل بموجبه لاجله وقد افاد هذا الخبر ان المدعي غير المدعي عليه لان النبي عليه السلام خص كل واحد منهما بحكم افرده به ولان افراد كل واحد منهما باسم يدل على ان احدهما دون الاخر واذا ثبت ان احدهما غير الاخر احتجنا الى بيان كل واحد منهما **قال** رحمه الله المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة وهذا الذي ذكره حد صحيح عام ومن اصحابنا من قال المدعي من التمس غير الظاهر والمدعي عليه من تمسك بالظاهر وهو ايضا حد عام **قال** ولا يقبل الدعوي حتى يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره وهذا الذي ذكره صحيح والدعوي على ضربين صحيحة وفاسدة والاحكام تتعلق بالدعوي الصحيحة دون الفاسدة والدعوي الفاسدة ما لا يلزم المدعي عليه حكمها مثل ان يدعي عليه انه قد وكله فهذا فاسد لانه لو صح ما يدعيه كان للمدعي عليه ابطال الوكالة فلا معنى لمسيلته عنها وكذلك اذا ادعى شيا مجهولا فان القاضي لا يسمع هذه الدعوي ولا يكلف المدعي عليه الجواب عنها لانه ان انكر لم يصح اقامة البينة عليها مع الجهالة وان نكل المدعي عليه عن اليمين لم يمكن القضا عليه بما لا يعرف فسقطت الدعوي **قال** وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوي وذلك لان الدعوي من حكمها ان تقع في معلوم والمنقولات لا تنضبط بالصفة فوجب احضارها لتقع الدعوي على عينها **قال** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها لانه لما تعذر مشاهدة عينها وجب ان يذكر قيمتها لتقع الدعوي على معلوم **قال** وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعا عليه وانه يطالبه به وذلك لان العقار يصير معلوما بالتحديد فتقع الشهادة على معلوم بالتحديد والشهادة على معلوم في غير محدود لم يصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع الدعوي على عينها ويشير الشهود اليها في الشهادة وكذلك قال اصحابنا المتاخرون في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحي

والجارة

والجارة ان شا الحاكم حضر عندها وان شا بعث امينا لانها لا تنضبط بالحدود ويشق نقلها ثم تسمع الشهادة على عينها فاما قوله وذكر انها في يد المدعا عليه لانها اذا لم تكن في يده فلا خصومة بينهما وقوله انه يطالبه لان المطالبة حق للمدعي فليس للقاضي فعله الا بمسالة صاحب الحق **قال** وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به وذلك لان الدعوي انما تقع فيما في الذمة وقد حضر صاحب الذمة فلم يبق من جملة الدعوي الا انه يذكر انه يطالبه به **قال** واذا صحت الدعوي سال الحاكم المدعا عليه عنها وجملة على ما يقال في هذا الموضع ان الدعوي اذا صحت تعلق بها احكام منها لزوم المدعا عليه حضور مجلس الحاكم وقد دل على ذلك قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون والذم على الامتناع من الحضور يدل على وجوبه وقد روي عن علي رضي الله عنه ان امراة الوليد بن عقبة جات الى النبي صلى الله عليه وسلم تدعي على زوجها وتستعدي به عليه فاعداها واعطاها هدبة من ثوبه كهيئة العدوي فجات به ولان الحكام يحضرون بمجرد الدعوي في سائر الاعصار من غير نكير ومنها لزوم الجواب عن الدعوي اذا حضر لان الدعوي اذا اوجبت الحضور فلزوم الجواب اولى ومنها لزوم اليمين له اذا انكر وقد دل على ذلك حديث ابن ابي مليكة قال كتبت الى ابن عباس وكنت عاملا في امراتين كانتا على جدار تخرزان احداهما ذكر ان صاحبتها قتلتها واخذت مالها وجاتها بسعا في يدها وليست لها بينة فكتب ابن عباس ان تسلها البينة فان لم تكن لها بينة فاستحلفها واقرا عليها ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا فانه بلغنا ان النبي عليه السلام قال لو اعطي الرجل بدعواه لادعى الرجل مال الرجل فاستحلفها فان ابت ان تحلف فالزمها وهذا الخبر قد دل على فوايد منها ان الحاكم يسال المدعي عن البينة قبل الاستحلاف ومنها وجوب اليمين في دعوي الجناية ومنها ان القاضي يجب ان يعلم حرمة اليمين ويعظ المدعي عليه قبل الحلف حتى لا يقدم على يمين كاذبة ومنها وجوب القضا بالنكول لانه قال فان نكلت فالزمها واذا ثبت ان المدعا عليه يلزمه الجواب عن الدعوي يساله القاضي عن ذلك لان الغرض معرفة ما ياتي به من الاقرار والانكار ولذلك تقدم المسلة الى الدعوي **قال** فان اعترف قضي عليه بها وذلك لقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يعني شاهدا ولا تهمة عليه فيما يقر به على نفسه فاذا اقر قبل اقراره وقضي به **قال** وان انكر سال المدعي البينة وذلك لان من اصل ابي حنيفة انه لا يجوز ان يحلف المدعا عليه اذا قال المدعي لي بينة حاضرة فلهذا وجب ان يساله عن البينة **قال** فان احضرها قضي بها

وذلك لان البينة يتبين بها صدق الدعوى وان الحق لازم له وانما لم يحكم بمجرد الدعوى لانا لا نصدقه فاذا اقامت البينة فالحكم يقع بها لا بقول المدعي فلم يكن فيه تهمة **قال**

وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلف عليها لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولان القاضي منصوب لقطع الخصومة وذلك يكون باحدى ثلثة معاني الاقرار والبينة او اليمين وقد عدم الاقرار والبينة فلم يبق الا اليمين وانما قلنا لا يستحلفه الا بمطالبة المدعي لان اليمين حق له فيقف استيفاوه على مطالبته كسائر الحقوق **قال**

وان قال لي بينة حاضرة وطلب يمين خصمه لم يستحلف وجه قول ابي حنيفة ان اليمين لم يتعلق بها حكم مع البينة كان حضورها في المصر بمنزلة حضورها في مجلس القاضي اصلها الشهادة وجه قول ابي يوسف ان اليمين فيها فايدة لجواز ان يتعجل النكول فيستغني عن احضار الشهود فوجب ان يستحلف **قال** ولا يرد اليمين على المدعي وقال الشافعي يرد عليه فاذا حلف قضي لها بالمال لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر والالف واللام للجنس وظاهره يقتضي ان لا بينة الا في جنبة المدعي ولا يمين الا في جنبة المدعا عليه ولان هذا الكلام خرج مخرج التمييز والتفصيل فلا يجوز ان ينتقل حكم احدهما الى الاخر وذلك كقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله البكر تستامر في نفسها والثيب تشاور ولقوله عليه السلام شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك فمن اثبت امرا زايدا او اخر فقد خالف ظاهر الخبر ولانها يمين فلا يستحق بسببها مال اصله يمين المدعا عليه فان قيل روي ان النبي عليه السلام رد اليمين على المدعي قيل له يجوز ان يكون المدعا عليه ادعى القضا وفي مثل هذا الموضع ترد اليمين عليه فان قيل روي ان عثمان اقترض من المقداد ثم اختلفا في قدره فتحاكما الى عمر رضي الله عنه فاراد ان يحلف المقداد فقال المقداد بل يحلف عثمان فامتنع قيل له روي عن علي رضي الله عنه انه حضر مجلس شريح وهو يقضي فطلب الخصم رد اليمين فامتنع شريح من الرد فقال له علي رضي الله عنه هو الحق فان الذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للانصار في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلا بخيبر احلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا دليل فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك على سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي الا بعد ان يمتنع المدعى عليه واليهود لم يمتنعوا من اليمين وانما قالت الانصار لا نرضى ايمانهم

يدل على ان الكلام خرج على وجه الانكار **قال** ولا تقبل بينة صاحب اليد على الملك المطلق وقال الشافعي بينة صاحب اليد اولى اذا اقام الخارج البينة لنا ان الخارج هو المدعي بدليل انه يدعي خلاف الظاهر ولانه لا يجبر على الخصومة ان تركها وقد قال النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه فاقتضى ذلك ان كل بينة تثبت في حق المدعي فلم يبق بينة تثبت في حق المدعى عليه ولانه اقام البينة على ما يشهد له به ظاهر يده فلم يقبل كما لو اقامها ابتدا ولم يقم الخارج البينة ولا تلزم البينة بالتاريخ لان الظاهر لا يدل على تقدم الملك فقد اقام البينة على معنى لا يدل عليه ظاهر يده وكذلك البينة على النتاج فان قيل البينة وضعت في جنبة من ضعف سببه ولهذا وضعت ابتدا في جهة الخارج لضعف سببه فاذا اقام الخارج البينة ضعف سبب صاحب اليد فقبلت بينته قيل له لا نسلم ان البينات وضعت في جهة من ضعف سببه وانما وضعت في جهة المدعي لكونه مدعيا لا لضعف سببه ثم هذا يبطل بما اذا قضي ببينة الخارج ثم اقام صاحب اليد البينة انها لا تقبل مع ضعف سببه **قال** وان نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ولزمه ما ادعا عليه وقال الشافعي لا يجوز القضا بالنكول لنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك روي ان عليا رضي الله عنه قضى بالنكول وروي ان عمر وزيد بن ثابت اختصما الى عثمان وقضى بالنكول وعن ابن عباس انه قضى بالنكول في حديث ابن ابي مليكة الذي قدمناه ولم ينقل عن احد خلاف ذلك ولانه لا يخلو اما ان يرد اليمين على المدعي او يحبس كما قال مالك او يقضي بالنكول فاما رد اليمين فقد دللنا على انه لا يجوز ولا يجوز ان يحبس لان اليمين في الاموال ليست نفس الحق بدليل انه لو بذل المال لم يحلف فاذا امتنع منها لم يحبس فلم يبق الا القضا بالنكول ولان البينة واليمين كل واحد منهما سبب لقطع الخصومة فاذا جاز ان يفضي احدهما الى الاستحقاق ابتدا كذلك الاخر فان قيل مال الانسان لا يستحق الا باقراره او بالبينة او بالاباحة والنكول ليس باقرار لانه منكر ولانه لا يثبت به القصاص والنكاح وليس ببينة بدليل انه لا يثبت به النكاح ولا القصاص وليس باباحة لان الناكل كاره والاباحة لا تثبت مع الكراهة قيل له هاهنا قسم اخر وهو انه في معنى البدل كالمحاباة التي هي قايمة مقام البدل ويجوز ان يجبر القاضي على ما هو في معنى البدل اصله نفقة ذوي الارحام ثم هذا باطل برب المال اذا قال للساعي في الزكاة هذه الابل غير التي كانت عندي في اول الحول وتلك بعتها

انه يستحلفه فان نكل قضي عليه بالزكاة مع وجود هذه الاقسام فان قيل لو سكت لم يحكم
عليه مع وجود النكول قيل له اختلفت الروايات في ذلك فقال بعض اصحابنا اذا سكت
سال القاضي عنه هل به خرس وطرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضي عليه ومنهم من قال
يحبس حتي يجيب والاول هو الصحيح قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه فاذا كرر العرض ثلث مرات
قضي عليه بالنكول هكذا ذكر الخصاف وفي ساير الكتب المسلة علي الاطلاق فان كان هو
المذهب فوجهه ان النكول عند ابي حنيفة قايم مقام البدل فلا يعتبر فيه التكرار كالاعر
في الهبة وعلي قولهما هو قايم مقام الاقرار والاقرار لا يعتبر فيه التكرار ايضا وان كان
المذهب ما ذكره الخصاف فالوجه فيه ان النكول اضعف من البدل لانه قايم مقامه
فجاز ان يقوي بالتكرار ولان الناكل قد لا يعلم حكم النكول وما يلزمه به ولهذا يقول
له القاضي في كل مرة ان لم تحلف قضيت عليك فوجب ان يكرر ويعرف ما يلزمه لسكا
او يحلف علي علم من ذلك فاذا حصل النكول لم يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى احرنضم
اليه لانه يختلف في تعلق الحكم به فاعتبر حكم الحاكم ليزول الخلاف قال وان كانت
الدعوي نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف في النكاح والرجعة
والفي في الايلا والرق والاستيلاد والولا والحد ود وقد بينا هذه المسلة فيما
تقدم وقد قال الشافعي يستحلف في ذلك كما قالا وزاد فقال يستحلف في حد القذف
لنا ان ما لا يستوفي جنسه بالنكول لا يستحلف فيه اصله حد الزنا فان قيل ما يثبت
بالاقرار والشهادة يستحلف فيه كالاموال وهذا يبطل بالحدود والمعني في الاموال
انه يصح بدلها من طريق الحكم ومنافع البضع بخلافه قال ولو ادعي اثنان عينا في
يد اخر كل واحد يزعم انها له واقام كل واحد منهما البينة قضا بها بينهما وقال
الشافعي في احد قوليه تتهاتر البينتان ولا يقضي بشي وفي قول اخر كيف يعمل القاضي
فيه ثلاثة اقوال احدها مثل قولنا والاخر توقف ابدا حتي تعلم والثالث يقرع بينهما
فمن خرجت قرعته قضي له لنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الي رسول الله
صلي الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة انها له فقضي رسول الله صلي الله
عليه وسلم بها بينهما نصفين كما لو اقام كل واحد منهما البينة ان الميت اوصي له بالثلث

فان قيل

فان قيل روي سعيد بن المسيب ان رجلين اختصما الي رسول الله صلي الله عليه وسلم في شي
واقام كل واحد منهما البينة فاقرع بينهما وقال اللهم انت الحكم بينهما قيل له هذا كان في
بدو الاسلام ثم نسخ لما حرم القمار ويتعلق الاستحقاق بالخط يبين ذلك ما روي ان عليا
رضي الله عنه تنازع تنازع ثلثة في ولد علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم فاقرع
بينهم وروي انه تنازع اليه اثنان بعد النبي عليه السلام في ولد فقضي به بينهما ولم يقرع
فدل علي انه عرف النسخ ولانه يجوز ان يكون تنازعا في قسم كل واحد منهما بعينه فاعاد القرعة
حكم القسمة لا لابطال التعيين فان قيل البينتان اذا جمع موجبهما اقتضي ان يكون الملك لاحدهما
بغير عينه لانا لم نعلم ان الدار لا تكون لكل واحد منهما فصار كانهم شهدوا ان الدار لاحدهما
فلا يقبل قيل له بل كل واحدة شهدت لمعين فلا يجوز ان يجعل المنزلة الشهادة بمجهول
وان كان ذلك موجب البينتين اذا جمعنا الا تري ان شاهدين لو شهدا ان هذا ابن فلان
الميت لا وارث له غيره وشهد اخران ان هذا ابن فلان لا وارث له غيره كان المال بينهما
نصفين فان كان موجب البينتين اذا جمعنا ما ذكر كذلك هذا قال وان ادعي كل واحد
منهما نكاح امراة واقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين ورجع الي تصديق المراة لاحدهما
وذلك لان هذا مما لا يصح فيه الاشتراك والقسمة فقضي به وليست احدي البينتين
اولي من الاخري فسقطتا وبقي مجرد دعوي النكاح علي المراة فيرجع الي تصديقها لان
النكاح يحكم به اذا وقع عليه التصادق من الزوجين قال وان ادعي اثنان كل واحد منهما
انه اشتري منه هذا العبد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد
بنصف الثمن وان شا ترك ذلك لانا لا نحتاج الي اثبات ملك البايع وانما نحتاج الي اثبات
ملكهما بالعقد وكل واحد من العقدين معنى حادث وكل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما
حكم بوقوعهما معا كالغرقى واذا حكمنا بوقوعهما معا تساويا في سبب الاستحقاق علي وجه
لم يتبين كذب احدي البينتين والشي مما يصح فيه الاشتراك فتساويا في نفس الاستحقاق
كاقامة البينة علي النسب والوصية فان قيل البيع لا يصح من كل واحد منهما فقد تبينا كذب
احدي البينتين قيل له الشهود لا يشهدون بصحة البيع وانما يشهدون بالعقد وليس يمتنع
ان يشاهد كل فريق يبيع من واحد او يكون قد وكل اثنين بالبيع كل واحد منهما علي الانفراد
فباع الوكيلان معا كل واحد منهما من واحد ولم يتقدم احد العقدين علي الاخر وانما قلنا

كل واحد منهما بالخيار فلانه دخل في الشرا ليسلم له جميع المبيع من غير شركة والان لا يسلم له الا
مع الشركة وهي عيب فان شا التزم العقد مع ذلك وان شا ترك **قال** فان قضي القاضي به
بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه وذلك لان القاضي لما حكم بالبيع
بينهما وخيرهما فقد فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد عقد
وهذا كما نقول في الشفيعين اذا قضي القاضي بالدار بينهما ثم ترك احدهما الشفعه لم يكن
للاخر ان ياخذ نصيبه لان القاضي قد ابطل شفعة كل واحد منهما فيما يقضي به للاخر فاما
اذا اختار احدهما ترك الخصومة قبل تخيير الحاكم فللاخر ان ياخذ الجميع لان حقه ثبت في الجميع
بالعقد وانما سقط عن البعض بالمزاحمة وقد زالت المزاحمة والعقد بحاله فكان حقه بحاله
وهذا كالشفيعين اذا انسلم قبل قضا القاضي كان جميع ذلك للاخر كذلك هذا **قال**
وان ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانا اذا حكمنا بالبيع الاول ملكه المشتري
فصار البايع بعد ذلك بايعا ملك غيره فلم يجز بيعه ولو وقتت احدي البينتين ولم توقت
الاخري كان لصاحب الوقت لما بينا انا لا نحتاج الي اثبات ملك البايع وانما نحتاج الي ملكهما
وقد علمنا بعدم ابتياع صاحب التاريخ علي وقت الدعوي فنفي مع الاخر معني حادث
لا يعلم تاريخه فيحكم به في الحال فيكون الذي قبله اولي **قال** وان لم يذكرا تاريخا
ومع احدهما قبض فهو اولي وذلك لان امور المسلمين محموله علي الصحة والجواز ما
امكن فلا يجوز ان يحمل هذا القبض علي الغصب فبقي ان يحمل علي قبض بيع والقبض معني حادث
والبيع معني حادث فحكم بوقوعهما فصار بيع احدهما مع قبض الاخر والقبض يتضمن عقد
فصار عقد صاحب القبض متقدما من طريق الحكم فكان اولي **قال** وان ادعي احدهما
شري وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشري اولي وذلك
لان الشري والهبة كل واحد منهما معني حادث لا يعلم تاريخه فيحكم بوقوعهما معا كانه عقد
فاذا وقعا معا تعلق الاستحقاق بعقد البيع ولم يتعلق بعقد الهبة حتى ينضم اليه القبض
فكان البيع اسبق نفاذا فكان اولي **قال** وان ادعي احدهما الشري وادعت امراة
انه تزوجها عليه فهما سوا وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف ويكون بينهما نصفين
وقال محمد الشرا اولي وجه قول ابي يوسف ان البيع والنكاح يتساويان في ان الملك
يقع بنفس العقد ويتعلق به الضمان فصارا كالبيعين وجه قول محمد ان من اصله

ان

ان تصحيح البينات ما امكن اولي حسنا الظن بالشهود ومتي حكمنا بتقدم البيع صح وصحت
التسمية في النكاح ومتي تقدم النكاح بطل البيع فما ادي الي تصحيح العقدين فهو اولي واذا
كان من اصله ان الشري اولي وجب للمراة قيمة ذلك علي الزوج لان من تزوج امراة علي ملك
غيره صحت التسميه وكان لها القيمة كذلك هذا **قال** وان ادعي احدهما رهنا وقبضا والاخر
هبة وقبضا فالرهن اولي وهذا الذي ذكره استحسان وذكر في كتاب الشهادات ان الهبة
اولي وجه القياس ان الهبة فيها اثبات ملك فهو اولي من اثبات الرهن الذي هو اثبات حق
وجه الاستحسان ان الرهن يتعلق به ضمان والهبة لا يتعلق بها الضمان فصار الرهن مع
الهبة كالبيع مع الهبه **قال** وان اقام الخارجان البينة علي الملك والتاريخ فصاحب التاريخ
الاقدم اولي وذلك لان صاحب الشيين قد اقام البينة انه اول المالكين وان الشي لا يستحق
الا من جهته واقام الاخر بينة علي الاستحقاق لا من جهته فلم تقبل بينته كصاحب النتاج والملك
المطلق وللشافعي في ذلك قولان احدهما صاحب الشبه اولي والاخر يتساويان قال لان صاحب
الشبه اقام البينه علي ملك حادث فصار كما لو اقام البينة انه اشتراه قبل له ينتقض اذا
اقام احدهما البينة علي النتاج واقام الاخر انه له منذ امس **قال** وان ادعيا الشرا من
واحد واقاما البينة علي تاريخين فالاول اولي وذلك لانهما قد اتفقا علي ملك البايع وانتقاله
من جهته وبينة احدهما تقتضي انه اول المالكين وان الشي لا يملك بعد ذلك الا من جهته
فاذا لم تقم البينة الاخري علي ذلك لم تقبل **قال** وان اقام كل واحد منهما البينة
علي الشرا من اخر وذكرا تاريخا كان الاول اولي وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقول محمد علي رواية الاصول ووجهه ان صاحب الوقت الاول اثبت الملك لنفسه في
وقت متقدم لم ينازعه صاحبه فيه فلا يستحق الملك بعد ذلك الا من جهته واذا اقام الاخر
البينة علي الاستحقاق من غير جهته لم تقبل بينته وعلي رواية الاملاء عن محمد لا يعتد بالتاريخ
لان المشتري يثبت ملك بايعه وذلك غير مورخ فتاريخه لملكه لا يعتد به فصار كان البايعين
حضرا واقاما البينة علي الملك من غير تاريخ فيكون بينهما **قال** ولو وقتت احدي البينتين ولم
توقت الاخري فهما سوا وذلك لان توقيت احداهما لا يدل علي تقدم ملكه لجواز ان تكون البينة
الاخري لو وقتت وقتا كان اقدم واذا لم يدل علي التقدم سقط التاريخ بخلاف ما اذا كان
البايع واحدا علي ما بيناه واذا كانت الدار في يد رجل فاقام رجل البينة انها له مات ابوه

لان البايعين لو حضرا واقاما البينة علي الملك فيكون بينهما
ولو وقتت احداهما وقتا دون الاخري
فانه يقضي لصاحب الوقت الاول

وتركها ميراثا واقام الاخر البينة علي مثل ذلك ولم يوقتا فهي بينهما لتساويهما في سبب الاستحقاق
وان وقتا فهي لصاحب الوقت الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف واحدي الروايتين عن محمد
هما سوا وجه قولهم ان صاحب التاريخ اقام البينة انه اول المالكين وان الملك في المدة لا يتلقى
الا من جهته فكان اولي كما لو كان ذلك في الملك المطلق وجه قول محمد ان كل واحد من الولدين
انما يثبت الملك للميت بدليل ان ديونه تقضى منه ولا يثبت له الملك الا بعد ثبوته للميت
فصار كان الميتين حضرا واثبتا ملكهما من غير تاريخ فيكون بينهما قال هشام سالت محمدا عن
ذلك قال هي بينهما قلت فلم دفن وفتنوا قال لم توقتوا متي كانت للميت قلت فان ارخا ملك
الميتين قال لصاحب التاريخ الاول وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول في الشرا من اثنين
انه لصاحب التاريخ الاول في قولهم ويفرق محمد بين الشرا والميراث ان المشتري يثبت
لنفسه ولا يقوم مقام بايعه في الملك والميراث بخلافه الا ان محمدا قد ذكر في الاملا في الشرا
ايضا ان التاريخ لا يقبل الا ان يورخا ملك البايعين ووجهه ان المشتري لا يسلم له الملك الا
بسلامته لبايعه فصار في حكم الوكيل للبايع **قال** وان اقام الخارج البينه علي ملك مورخ
وصاحب اليد علي ملك اقدم تاريخا فهو اولي وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقول محمد ثم رجع فقال لا يقبل من الذي في يده بينة علي وقت ولا غيره وجه قولهما ان
صاحب اليد اقام البينة انه اول المالكين وان الشي في المدة لا يستحق الا من جهته فلا تقبل بينه
علي الاستحقاق من غير تلك الجهة كما لو اقام صاحب اليد البينة علي النتاج وجه قول
محمد ان التاريخ ليس بجهة الملك فكانه اقام البينة علي الملك المطلق واما اذا استاوا لوقتان فبينه
الخارج اولي في قولهم لان التاريخ لا يدل علي سبق احد الملكين فصار كما لو اقاما البينة من غير
تاريخ فان وقت بينة احدهما ولم يوقت الاخري فالبينة بينة الخارج عند ابي حنيفة ومحمد
وعن ابي يوسف ان الذي وقت اولي وجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل علي تقدم ملكه
يجوز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ علي تقدم الملك سقط
فكانت بينة الخارج اولي وجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب اليد قد دلت علي تقدم
الملك فكانت اولي من الملك المطلق كالدعوي في الشرا من واحد اذا ارخ احدهما الجواب
ان الشرا معني حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال فكان المتقدم اولي منه والملك
ليس بمعني حادث فيجوز ان يكون ملك الاصل فلا يحكم بوقوعه في الحال واما اذا كان الشي

في

في ايديهما واقام كل واحد منهما البينه وارخ احدهما سقط التاريخ عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولي فان كانت الدار في يد ثالث فادعاها خارجان واقاما البينة ووقت احدهما
فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولي وقال محمد الذي اطلق اولي وجه
قول ابي حنيفة ان التاريخ لما لم يدل علي تقديم الملك سقط فكانهما اقاما البينة علي ملك مطلق
وجه قول ابي يوسف ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولي كالمشتري وجه
قول محمد ان البينة بالملك المطلق يدل علي ملك الاصل بدليل ان من اقام البينة علي ملك
في جارية استحق اولادها وملك الاصل اولي من التاريخ **قال** وان اقام الخارج وصاحب
اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولي وقال ابن ابي ليلي الخارج اولي دليلنا
ما روي جابر بن عبد الله ان رجلا ادعي ناقة في يد رجل واقام كل واحد منهما البينه انها نتجها
فقضي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب اليد ولان صاحب اليد قد دلت
بينته علي معني لا يقتضيه ظاهر اليد فصار بمنزلة بينة الخارج فاذا كان كذلك تساوت
البينات ومع صاحب اليد ترجيح باليد فكان اولي هذا هو الصحيح من المذهب وعن عيسي
بن ابان انه قال البينتان تهاترا ويترك الشي في يد الاخر لا علي طريق القضا ووجهه ان
القاضي قد عرف كذب احد البينتين وليس احداهما اولي من الاخري كما لو شهد شاهدا
ان فلانا قتل قبل يوم النحر بمكة واخران انه قتل يوم النحر بالكوفة ويجوز ان الشهود لا يشهدوا
بالنكاح بمشاهدة الولادة وانما يرون الفصيل يتبع الام فيشهدون انه فصيلها فلا يحكم
بكذب احد الفريقين كما لا يحكم بكذب احدهما واذا شهدوا بملك مطلق فان وقت كل واحد
منهما فهو علي فصول ان كان سن الدابة يوافق احدي الوقتين قضي بها لانهما كان لان
الحال يشهد بصدق شهوده فكان اولي فان اشكل سقط التوقيت لانه لا دلالة فيه
فكانهما اقاما البينة علي النتاج خاصة فان خالف سن الدابة احد الوقتين قضي بها لصاحب
السن **قال** الحاكم الصحيح ان تبطل البينتين وهو رواية الليث لان السن معني
معلوم وقد كذبت البينتان معا فسقطا فبقي الشي في يد صاحب اليد كمن اعترف
بنسب غلام لا يولد مثله لمثله وجه الرواية الاخري ان اعتبار التاريخ انما هو لفايدة
لهما فاذا لم يكن فيه فايدة سقط وصار كانهما لم يورخا فان اقام احدهما البينة علي النتاج
والاخر علي الملك فصاحب النتاج اولي بها كان لانه اقام البينة انه اول المالكين والشي

لا يملك الا من جهته واقام الاخر البينة علي الاستحقاق من غير تلك الجهة فلا يقبل **قال**
وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة وكل سبب في الملك لا يتكرر وذلك مثل
غزل قطن في يد رجل اقام بينة انه غزله في ملكه واقام اخر خارج انه غزله في ملكه لانهما
اضافا ملكهما الي سبب في الملك لا يتكرر كان صاحب اليد اولي قياسا علي الولادة وان كان
يتكرر قضا به الخارج بمنزلة الملك المطلق وهذا مثل الخز فانه ينسج مرة بعد مرة فان
اشكل ذلك رجع فيه الي اهل الصنعة لانهم اعرف به من غيرهم فان اشكل عليهم قضي به للخارج
لان الاصل ان البينة بينة الخارج وانما عدلنا عن ذلك لخبر النتاج فاذا لم يعلم معناه عدنا
الي الاصل وقد قالوا اذا ادعي رجل جبنا في يد رجل واقام البينة نحو علي فصول ان اقام كل
واحد منهما البينة علي ان الجبن له صنعه في ملكه فصاحب اليد اولي لان عمل الجبن سبب
علي ان اللبن الذي صنع منه هذا الجبن له صنع منه الجبن في ملكه قضا به للخارج لان
المنازعة وقعت في اللبن وقد اقام كل واحد منهما البينة علي ملك مطلق فالخارج اولي وان اقام
كل واحد منهما البينة ان ذلك اللبن حلب في يده فانه يقضى به لصاحب الحلب لان الحلب
لا يتكرر وان اقام كل واحد منهما البينة ان الجبن له صنعه في ملكه من لبن حلب في ملكه من
شاته وان الشاة له فانه يقضى به للخارج لان الاختلاف وقع في الشاة وقد اقاما
البينة علي ملك مطلق فان اقاما البينة ان ملك الشاة نتجت عنده قضي بالجميع لصاحب
اليد لان الولادة معنى لا يتكرر وذكر محمد في الاصل اذا ادعا شاة واقام كل واحد
البينة علي النتاج فقضي به لصاحب اليد فجا اخر وادعا انها له نتجت في ملكه واقام
البينة علي ذلك قضي له الا ان يعيد صاحب اليد بينة وذلك لان بينة صاحب اليد
لم تسمع في حق هذا المدعي فلا اعتبار بسماعها في حق غيره ولو شهد الشهود ان هذه
الحنطة فليس له ذلك لان الحنطة تبع البذر دون الارض الا ترى ان الغاصب اذا
زرع كان الخارج له فلم تكن في اضافتهم الي زرع ارضه دلالة علي الاستحقاق
وهذا استحسان والقياس ان يكون لصاحب الارض لان الظاهر ان زرع ارضه له
ما لم يعلم غير ذلك ولو قالت هذه الحنطة من زرع هذا كان له لانهم اضافوه الي ملكه
في الحال وجعلوه جزا من اجزا ملكه ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في ارضه
لم يقض له بشي لان الشهادة بيده كانت لا يقضى بها في المشهور من قولهم ولو شهدوا

ازهذا

ان هذا جلد شاته او صوف شاته الي ملكه وقد يكون الشاة له وجلدها وصوفها لغيره مثل
ان يكون اوصى به له كان اولي وذلك لان البينة الخارج يثبت الملك وبينه صاحب اليد
يقتضي انتقال الملك من جهة الخارج ولا تنافي بينهما وصار كان صاحب اليد اقر بذلك للخارج
وادعي انه اشتراه منه واقام البينة **قال** وان اقام كل واحد منهما بينة علي الشرا من
الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد اقضي بالبينتين جميعا واقضي بالدار للمدعي الذي ليست الدار في يده
وجه قولهما ان دخول كل واحد من المتبايعين في البيع اقرارا له بالملك قصدا فكان كل واحد
منهما اقام البينة علي اقرار الاخر له ولو اقاموا البينة علي الاقرار تهاترت البينتان كذلك
هذا وشي الشي في يد الذي هو في يده وجه قول محمد ان الشهود عدول فالواجب حسن الظن بهم
وحمل امرهم علي الصلاح والصحة ما امكن والبينة اذا قامت علي معنى وجب ان نحكم للاولى
في اثبات السابق منهما واحد علامات السبق هو اليد بدليل ان المشتريين من واحد اذا اقاما
البينة ومع احدهما قبض جعل عقده اسبق فوجب ان نحمل الامر علي ان الخارج باع من صاحب
اليد وسلم اليه ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلم فيؤمر بالتسليم ولا يجوز ان نحمل الامر
علي ان صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلم اليه ثم ابتاع لان بيع العقار قبل القبض عند
محمد لا يجوز فلا يجوز حمل الامر علي ما يفسد معه احد العقدين بل يجب حمله علي ما يصح
معه العقدان جميعا ولو وقتت كل واحدة من البينتين وقتا احدهما قبل الاخر في الصاحب
الوقت الاخر علي قول ابي حنيفة وابي يوسف وكان الاول ابتاع اولا ثم باع الاخر
فيؤمر بالتسليم ان كانت بينة الخارج اسبق ولم تشهد الشهود بالقبض فهي للخارج لان
الخارج اذا اشترى اولا ثم باع حكمنا انه باع فبيعه قبل القبض للعقار لا يجوز
عند محمد فبقي ما اشتراه علي حاله فيكون له وبقية المسله قوله مثل قولهما **قال**
وان اقام احد المدعيين شاهدين والاول اربعة فهما سوا لان كل واحد من الشهادتين
سادت الاخرى في ثبوت الحق حال الانفراد فلا يرجح احدهما علي الاخرى حال
الاجتماع كما لو تساوا العدد ولان البينة يعتبر فيها العدد والعدالة فاذا لم يترجح
احدى البينتين علي الاخرى بزيادة التعديل كذلك بزيادة العدد **قال** ومن ادعى
قصاصا علي غيره فجحد استحلف وذلك لقوله عليه السلام واليمين علي من انكر

قال فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد عليه الارش وهذا الاختلاف فرع علي اختلافهم في معني النكول فعند ابي
حنيفة انه معنى البذل وقد بيناه فيما تقدم والبذل فيما دون النفس يصح من طريق الحكم
الا ترى ان من اذن لرجل في قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان بمنزلة ما لو استوفا
بحق واذا صح بذله جاز استيفاوه بالنكول كالاموال وعلي قولهما النكول قايم مقام
الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الي حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والقصاص
لا يثبت بما قام مقام الغير ومتي تعذر استيفا القصاص وجب المال كدم العمد المشترك
اذا عفي احد الشريكين **قال** وان نكل في النفس حبس حتي يقر او يحلف وقال ابو يوسف
ومحمد يلزمه الارش وقد كان القياس عند ابي حنيفة ان يقتص منه لما قدمناه فيما
دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما لحرمة النفس الا ترى انه
تعلق به ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال
يحبس لان اليمين قد يكون حقا في الانفس بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي
يوجد في المحلة واذا جاز ان يكون نفس الحق فمتي امتنع من ايفايها وتعذر الحكم بموجب
النكول وجب ان يحبس وعلي قولهما لما تعذر استيفا القصاص وجب المال **قال**
واذا قال المدعي عليه لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطي كفيلا بنفسك ثلاثة ايام فان
فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا علي الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي
اما اخذ الكفيل خلاف ما قاله الشافعي ولان الخصومة حق المدعي علي المدعا عليه بدليل
انه يلزمه الحضور فان لم يحضر حال القاضي بينه وبين اشغاله واعدي عليه فاذا
خاف المدعي هربه الي ان يحضر البينة لم يمكن التوصل الي استيفا حقه الا بالكفيل كما لو
ادعي عليه عينا وقال لي بينة حاضرة انه يوخذ منه كفيلا بلا خلاف كذلك هذا
واذا لم يدفع الكفيل كان ملازمته ليلا يذهب حقه واما تقدير المدة بثلاثة ايام
فهو قول ابي حنيفة وقد روي عن ابي يوسف انه يوجله ما بين مجلسي القاضي وهذا
ليس باختلاف في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب علي ما شاهده من رسم القضاة وجلوس
الحكام يوما ويوما فيمكنه ان ياتي بالشهود في تلك المدة ولان المجلس الثاني ان يكون في
اليوم الثالث وابو يوسف اجاب علي ما شاهده في زمانه من جلوس القضاة

ذلك

ولا يتمكن من احضار الشهود في مجلس فاعتبر ما بين المجلسين واما اذا كان المدعي عليه غريبا
فاعتبر ثلثة ايام في حقه والملازمة تضر به وذلك لا يجوز وليس كذلك المقيم لانه لا ضرر
عليه في الملازمة ودفع الكفيل فافترقا **قال** وان قال المدعا عليه هذا الشي اودعنيه
فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة علي ذلك فلا خصومة بينه
وبين المدعي وقال ابن ابي ليلي لا تندفع الخصومة وجه قولنا ان الخصومة حق يلزم صاحب
اليد فكان له اسقاطه عن نفسه كساير الحقوق فاذا اقام البينة فقد احال بالخصومة
علي غيره حين اقام البينة بوصول الشي من يد الغايب الي يده فاشبه اذا اقام البينة
ان يد المدعا عليه مشاهدة ليست بيد له كفي عن دفع الخصومة دون اثبات الملك
للغايب فاما قبل اقامة البينة فلانه لا تندفع الخصومة بقوله كما لو ادعي عليه مالا
وقال ابن شبرمة تندفع وهذا لا يصح لان الخصومة حق يثبت للمدعي قبل المدعي عليه بدليل ان
القاضي يعدي عليه فلا يملك نقلها الي غيره بقوله كما لو ادعي عليه مالا فادعي انه احال به
علي اخر وعن ابي يوسف ان القاضي ان اتهم صاحب اليد انه سلم الدار الي الغايب ثم تسلمها
في الظاهر ليبرا من الخصومة فانه يجعله خصما **قال** وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم
لان هذا القول يتضمن ان الملك واليد في الحال دون الغايب وكان للغايب قبل ذلك
فلا يخرج بذلك من الخصومة التي وجبت عليه كما لو ادعي انها له مطلقا **قال** فان قال
المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام بينة لم تدفع الخصومة وذلك
لانه يدعي عليه فعله فلا يكون الغير خصما عنه في ذلك الا بوكالة ولم يوجد ذلك فلم تصح
حوالته بالخصومة وعلي هذا لو قال المدعي غصبنيه او ودعته **قال** وان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان كان ذلك اسقاطا للخصومة
عن نفسه بغير بينة وذلك لانهما اتفقا علي وصوله الي يده من غير يده وليس بوكيل في الخصومة
وانما هو وكيل في الحفظ علي يده وقوله فلا يكون بينهما خصومة واما اذا قال المدعي سرق مني
وقال صاحب اليد اودعني فلان فانه لا يدفع الخصومة عن نفسه في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يدفع الخصومة وهو القياس ووجهه ان صاحب اليد اقام
البينة علي وصوله الي يده من جهة الغير فصار كما لو قال المدعي غصب مني واقام
صاحب اليد انه اودعه فلان وجه قولهما وهو الاستحسان ان السارق لا بد له وقد

ادعي السرقة والظاهر انه لم يوجد الا بد السارق ويده والسارق لابدله فصار كانه
اخذه من الطريق قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام لا تحلفوا بابايكم
ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال ويوكد بذكر اوصافه
وذلك لان معني القسم الذي تراعا حرمته وقد وجد وانما تضاف الصفات علي وجه التاكيد
ليستعظم الحالف اليمين ولهذا قالوا اذا ذكر الصفات ذكرها بغير واو ليكون الجميع يمينا
واحدة ولو ذكرها بحرف العطف كان كل لفظة يمينا والواجب عليه يمين واحدة قال
ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله تعالى
ولان القسم يقتضي تعظيم المقسم به وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى
قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة علي موسي والنصراني بالله الذي
انزل الانجيل علي عيسي والمجوسي بالله الذي خلق النار وذلك لان اليمين لا يجوز بغير الله
تعالي وهم يعظمون هذه الاشيا واليمين بها لا يمكن فوجب ان يستحلفون بالله تعالي
ويجعل ما يعظمونه مضافا الي فعله ليستعظموا اليمين به واما الصابيه فانهم كانوا
يومنون بنبا بادريس عليه السلام استحلفوا بالله الذي انزل الصحف علي ادريس
عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب قال
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان حملهم الي هذه المواضع ايهام لتعظيمها وذلك منهي عنه
قال ولا يجب تغليظ اليمين علي المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي اذا كانت اليمين
في قسامة او في اللعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينه فعند منبر رسول الله صلي الله عليه وسلم وفي ساير البلاد يوم
الجمعة بعد العصر لنا قوله عليه السلام البينة علي من ادعي واليمين علي من انكر ولم يفصل
ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا يختص بمكان كالبينة فان قيل كان النبي صلي الله عليه
وسلم والايمة بعده يستحلفون عند منبر رسول الله صلي الله عليه وسلم قيل له انما فعلوا
ذلك لانهم كانوا يقضون في المسجد فاذا اتفق حلفوا فيه لا لكونه شرطا فان قيل روي ان
الزبير اختار برجل يحلف عند منبر رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال اني قسامة
او مال عظيم قيل له هذا يدل علي انه لا يستحلف هناك في المال القليل ولا يدل علي انه
شرط في العظيم فان قيل قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من حلف علي منبري كاذبا

ولو

ولو علي سواك من اراك لقي الله وهو عليه غضبان قيل له هذا يدل علي تاكيد حكم اليمين علي
منبر رسول الله صلي الله عليه وسلم وعظم الماثم فيها ولا يدل انها شرط في اليمين قال
ومن ادعي انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف
بالله ما بعت وجملة ما يقال في هذا الموضع ان الدعوي اذا وقعت فيما يرتفع بعد وقوعه
كان اليمين تقع علي ثبوت حكمه في الحال ولا يقع علي نفس الحق هكذا روي الحسن عن ابي حنيفة وذكر
الخصاف ان الاستحلاف يقع علي السبب المدعا الا ان يعرض الخصم وهو قول ابي يوسف
واذا كانت الدعوي فيما لا يرتفع بعد وقوعه او لا يتغير حكمه فاليمين يقع علي السبب ومسئله
الكتاب من القسم الاول لان البيع قد يطرا عليه الاقالة والفسخ فلو استحلفه علي اصل البيع لم يامن
ان يكون قد حدث ما يوجب تغيره ذلك فان حلف علي نفي اصل البيع كان كاذبا وان لم يحلف
وادعي المعني الطاري لم يقبل قوله واذا استحلف القاضي علي ثبوت حكم ذلك في الحال
نظر في المدعي والمدعي عليه حقهما لان المدعي مقصوده ثبوت احكام العقد ومتي
امكن ايفا حقهما كان اولي من ايفا حق احدهما واسقاط حق الاخر وجه الرواية الاخري
ان اليمين يستوفي لحق المدعي فوجب ان يكون مطلقا لدعواه ويجوز ان يكون الحكم قد تغير
لا بسبب له لان ذلك براعا لحق المدعي عليه ويمكنه ان يعرض الحاكم ليستدرك حقه فمتي لم
يعرض لم يكن ذلك حقا له ووجب اعتبار حق المدعي وصفة التعريض ان يقول المدعا
عليه اذا عرض عليه القاضي اليمين بالله ما بعت ايها القاضي لان الانسان قد يبيع الشي
ثم يقال فيه فحينيذ يلزم القاضي الاستحلاف علي حكم الشي في الحال فصار العدول
عن اليمين علي مقتضي الدعوي حقا للمدعي عليه حين طالبه به قال ويستحلف
في الغصب بالله ما يستحق عليك كذا ولا يستحلف بالله ما غصبت وهذا علي ما بينا
ان الغصب يطرا عليه ما يغيره عن ضمانه فكان الاستحلاف علي حكمه قال وفي النكاح
بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال وذلك لان النكاح يرد عليه الطلاق كما يرد الاقالة
علي البيع قال وفي دعوي الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لان الطلاق يطرا عليه ما يرفعه وهو الرجعة والتزوج
فصار كالاملاك وقد قالوا في الامة اذا ادعت العتق علي مولاها انه لا يستحلف
بالله ما اعتقها لان العتق في الامة يطرا عليه ما يغير حكمه وهو ان ترتد وتلحق بالدار

فتسبي فيحلف بالله ما هي حرة في الحال واما العبد اذا ادعى العتق فهو على وجهين ان كان مسلما استحلف المولى بالله ما اعتقت لان عتق العبد لا ينفسخ بعد وقوعه فلا معنى للعدول عن مقتضى الدعوى وان كان العبد كافرا فهو كالامة لانه قد يعتق فينتقض العهد ويلحق بالدار فيسبى ويستحلف في الاجارة اذا جحد المستاجر ما له قبلك اجارة هذه الدار الى هذا الوقت الذي ادعى هذا الاجر لان الاجارة مما يطرا عليه الفسخ فيحلف على الحكم على قولهما وعلى قول ابي يوسف على نفس الدعوى وقد قالوا يستحلف في القطع بالله ما قطعت وفي القتل بالله ما قتلت اباه وقال الخصاف انه يستحلف في القتل بالله ما له عليك دم وليه فلان ولا حق بسببه وهذا هو الصحيح على ما تقدم لان القتل قد يطرا عليه العفو والصلح وقد يكون قتلا بحق ولو استحلف على نفس القتل كان فيه ضرر على المدعى عليه واذا حلف على ما ذكرنا كان فيه ابقاء حقهما فكان اولى وقد قال ابو يوسف في قتل الخطا انه يستحلف على نفس الفعل لانه لو استحلف على استحقاق الارش في الحال جاز ان يحلف ويتاول ان الحق على العاقلة فلم يعتبر في ذلك حق المدعى عليه وهو جواز ان يكون قد ابراه من الدم ويمكن ان يحلف بالله ما قتلته قتلا سقطت المطالبة بالارش فيه بسبب من جهته ويجوز ان يكون قد قتله وسقطت المطالبة بالارش بسبب من جهته وقد روي ان اسمعيل ابن حماد بن ابي حنيفة حضره رجل وادعى على رجل انه اشترى في جواره وانه يطالبه بالشفعة فيها فانكر المدعى عليه الشرا فاراد اسمعيل ان يحلفه بالله ما اشتريت فقال المشتري ايها القاضي قد يشتري المشتري ويسقطها الشفيع شفعته فاراد استحلافه بالله ما له قبلك شفعة في هذه الحال فقال الشفيع ايها القاضي ان هذا يعتقد ان شفعة الجار غير واجبة وان استحلفته تاول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعي من الشرا فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع عن اليمين وهذا صحيح لانه بدا بالحكم ليقطع موضع الخلاف فلم يمكن للخصم ان يتاول في اليمين فلما استحلفه فوفا كل واحد منهما حقه وقد قالوا في المراة اذا ادعت ان زوجها الا منها ولم يف حتى مضت المدة فبانت وجحد الزوج ان يستحلفه القاضي ما هي بائن منك في الحال ولا يستحلفه على الايلا لجواز ان يكون قد فا في المدة فيكون كاذبا وان لم يحلف وادعى الفي لم يصدق فوجب ان يستحلف

علي

ان

على البينونة في الحال فان قالت المراة للقاضي ان هذا يرى الفرقة لا تقع بمضي المدة حتى يفرق القاضي فان حلفته بذلك تاول فان القاضي يستحلفه على الايلا ليوفي المدعية حقها وجب على قول اسمعيل ان يقول له ان كانت صادقة فقد حكمت بالفرقة ثم يستحلفه بالله ما هي بائن منك في الحال وقد قالوا اذا ادعى على رجل الف درهم فاقر بها وادعى انه قضاها استحلف المدعي بالله ما قبضت منه من هذا المال الذي ادعيت به عليه بهذا السبب الذي ادعيته قليلا ولا كثيرا ولا وصل اليك من هذا المال شي بوجه وانما استحلف على القبض لانه لا يسقط حكمه بعد ثبوته وذكر وصول الحق اليه لانه يجوز ان يحكم بقبضه من غير قبض بحوالة او معاوضة فجمع بين الامرين وقالوا وادعى على رجل الف درهم دينا وانه رهنه هذه الدار فاقر المدعى عليه بالمال وجحد الرهن استحلف بالله ما هذه الدار له رهن بهذا المال الذي ادعا انك رهنتها اياه به وقالوا ان المدعى عليه اذا خاف ان اعترف بالمال فجحد الدين الرهن انه يقول في جواب المدعي للقاضي سله هل له في يديه رهن بهذا المال الذي يدعيه فاذا جحد قال المدعى عليه ما له علي الف درهم ولا رهن بها فان استحلف على ذلك كان صادقا لان الرهن يجعل الدين موصوفا فاذا حلف على دين مطلق كان كاذبا وقد قالوا كل من ادعي عليه فعلا من جهته او ادعى عليه حق في شي استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت على ذلك كانت على البتات وكل من ادعى عليه فعل غيره او حق ملكه في شي بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم استحلف في القسامة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فاستحلفهم على فعلهم على البتات وعلى غيرهم على العلم وقد قالوا ليس للقاضي ان يستحلف الخصم حتى يسال المدعي ذلك الا في اربعة اشيا فان القاضي يستحلف عليها وان لم يطلب المدعي اليمين احدها الشفيع يحلفه بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشرا. الثاني البكر اذا بلغت يستحلفها بالله تعالى لقد اخترت الفرقة حين بلغت الثالث الرد بالعيب يحلفه بالله انك لم ترض بهذا العيب ولا عرضته على بيع منذ رايته الرابع المراة اذا سالت ان يفرض لها النفقة من مال زوجها الغايب يحلفها بالله ما اعطاك نفقة حين خرج وهذا قول ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة ومحمد فلا يحلف حتى يطلب الخصم اليمين فان اليمين حق لازم يمكنه المطالبة به فلا يستوفا بغير مطالبة كساير الحقوق وجه قول ابي يوسف ان المستحق يتجهل وجوب اليمين في هذه المواضع فوجب

ان يطالب بها القاضي حتى لا يقع حكمه في غير موضعه **قال** وان كانت الدار في يدي رجل ادعاها
اثنان احدهما جميعا والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي بينهما اثلاثا وهذه المسئلة
مبنية على اصول احدها ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
كالبنتين في الميراث واصل اخر وهو ان بينة صاحب اليد والخارج اذا تعارضا في الملك المطلق
كان الخارج اولى وقد مضى اصل اخر وهو ان عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب
بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرما الميت اذا ضاقت التركة
عن ديونه وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة وذلك مثل
مسئلتنا ومثل الذي يوصى له باكثر من الثلث وقال ابو يوسف ومحمد يضرب كل واحد
بجميع ذلك عندهما كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغيره على قول ابي حنيفة ان كل
سبب تعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به
الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بسبب صحيح وجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي
لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من الذي يتعلق به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة
والوصية الذي لا يتعلق الاستحقاق بعقدها اضعف من البيع الذي يتعلق به الاستحقاق
بعقده فلو سوينا بينهما في المضاربة لسوينا بين السبب الضعيف والقوي وهذا لا يجوز
وجه قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد استحق كل ما في يديه فاذا تزاحما ضرب بما يدعيه
كاصحاب العول واصل اخر وهو ان المتداعيين لعين في ايديهما تنصرف دعوى كل واحد
منهما الى ما في يديه وتنصرف الزيادة الى ما في يد الاخر وذلك لانه لو لم يكن كذلك لكان
متمسكا لما في يده من غير حق والواجب حمل امر المسلم على الصحة ما امكن واذا ثبتت هذه
الاصول جئنا الى المسئلة فقلنا كل واحد من المدعيين لا يدلي بسبب صحيح الا ترى ان الدعوى
لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار او بينة او حكم حاكم واذا كان كذلك
انقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوي فنقول المدعي للنصف لا دعوى له في النصف
الاخر فانفرد صاحب الجميع والنصف الاخر كل واحد منهما يدعيه وقد اقاما البينة عليه
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فكان هذا النصف
بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع واما على قولهما

نضرب

نضرب كل واحد بجميع دعواه لان الاسباب كلها سوا عندهما فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح
واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا
قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضا ونصفها لا على وجه القضا
وذلك لان الدار في ايديهما واليد من اسباب الاستحقاق فاذا تساويا في اليد تساويا في الاستحقاق
والدار في يد كل واحد منهما النصف فمدعي النصف تنصرف دعواه الى النصف الذي في يده دون
ما في يد صاحبه على ما بيناه وقد اقام الخارج البينة على ذلك النصف واقام عليه صاحب اليد
فكان الخارج اولى والنصف الذي في يد مدعي الجميع لا منازع له فيه فبقي في يده لا على طريق القضا
قال واذا تنازعا دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى وان اشكل ذلك كانت بينهما وقد بينا ذلك **قال** واذا
تنازعا دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى وكذلك اذا تنازعا بعيرا وعليه
حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى وذلك لان الراكب له تصرف ظاهر فكان اولى كما لو
تنازعا دارا احدهما ساكنها والاخر اخذ بحلقة الباب ان الساكن اولى وكذلك صاحب
الحمل له يد ظاهرة وتصرف فكان اولى **قال** واذا تنازعا قميصا احدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لما ذكرناه **فصل** رجل في يده دار ادعى اخر انها له
واقام بينة انها له منذ سنتين واقام صاحب اليد البينة انها في يده منذ ثلاث سنين
روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انها لصاحب اليد وذكر في الاصل انها للخارج وهو الصحيح
ووجهه ان البينة على اليد لا تعارض البينة على الملك يبين ذلك ان اليد يجوز ان تكون ملكا
ويجوز ان تكون غيرها وهذا لو لم يذكر التاريخ كان المطلق اولى بالاتفاق وجه الرواية الاخرى
ان صاحب اليد اثبت لنفسه اليد في زمان لم ينازعه المدعي فيه فاثبت لنفسه بذلك حقا
فالمدعي اقام بينة على حدوث ملك بعد ذلك لا من جهة اليد ولا من جهة مستحق عليه
فلا تقبل بينته **فصل** دار في يد رجل ادعاها رجل وجحد صاحب اليد ذلك
فاقام المدعي البينة انها كانت في يده امس لم تقض بهذه البينة وذكر الشيخ ابو بكر الرازي
عن ابي يوسف انه يقضى بها ويدفع الدار الى المدعي وجه قولهم المشهور ان يد المدعي زايلة
في الحال من طريق المشاهدة ويد المدعا عليه مشاهدة في الحال فلو قبلنا بينة المدعي لاستحقا
اليد من طريق الاستدلال ولا يجوز دفع يد مشاهدة بيد من طريق الاستدلال كما لو شهد

الشهود كانت في يده امس وليست في يده الان ولو قالوا ذلك لم تقبل شهادتهم فعلمنا
بذلك اولى وعلى هذا قال اصحابنا لو شهد الشهود انها كانت لابيه لم تقبل لانهم شهدوا
بملك كان وقد علمنا زواله فلم يمكن استصحابه مع وجود ما ينافيه ولا يلزم اذا اقر
صاحب اليد انها كانت في يد المدعي امس او قامت البينة على اقراره بذلك لان الاقرار
يثبت حكمه بنفسه ويلزم المقر بوجود ما ينافيه في الحال ولا يمنع من لزومه وليس
كذلك الشهادة لانه لا يتعلق بها الاستحقاق الا بحكم الحاكم والحاكم لا يجوز ان يستصحب
اليد مع وجود ما ينافيها وجه قول ابي يوسف ان اليد سبب للاستحقاق كالملك فاذا
جازت الشهادة بملك كان فكذلك بيد كانت الجواب ان الملك المتقدم لا يعلم زواله فجاز
استصحابه واليد قد علمنا زوالها فلم يجز استصحابها مع وجود ما ينافيها وصار نظير
الشهادة باليد والشهادة بملك كان للميت وقد قالوا لو اقام الخارج البينة انها كانت في يده
امس اخذها منه هذا او غصبه اياها او اجره او وصلت اليه من يده حكم بها للخارج لانهم
شهدوا باليد كانت مع جهة زوالها فوجب ان يحكم باعادتها لقوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد ونظير هذا اذا شهدوا ان هذه الدار كانت في يد فلان الى ان مات
فانه يقضى بها لورثته لما شهدوا باليد مع جهة زوالها وانتقال الملك منها وقد ذكر محمد
في كتاب الدعوى في رجلين تنازعا دارا كل واحد منهما يدعي انها له وفي يده قال على كل واحد
منهما البينة وعلى كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما يعترف بوجوب الخصومة
عليه لما ادعى ان الدار في يده فان اقام احدهما بينة انها في يده ثبتت له اليد وصار هو
المدعا عليه وان اقامت لكل واحد بينة انها في يده جعل القاضي الدار في ايديهما لانهما تساويا
في اثبات اليد وقد قال اصحابنا ان المدعي اذا قال هذه الدار ملكي وفي يدي لم يسمع
دعواه لانه اقر انه لا حق له على الخصم اذا كان ملكه في يده فعلى هذا في مسئلة كتاب
الدعوى الخصم قد اعترف انها في يده فجاز ان تسمع بينته عليه لاعترافه بلزوم الخصومة
له وقد ذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو ادعى الدار التي اخذها كذا في يد هذا او انها له
واقام البينة انها لا تقبل حتى يشهدوا ان الدار في يده ثم يقيم المدعي البينة انها له لانه لا يؤمن
ان يتفقا على دار في يد غيرهما فتسمع البينة من غير خصم فعلى هذا يجب ان لا تسمع البينة
في مسئلة كتاب الدعوى الا ان تحمل المسئلة التي حكاها الخصاف على ان الخصم منكر لليد مع منازعه

وفي

وفي مسئلة الدعوى كل واحد منهما يعترف باليد ومن اصحابنا من حمل مسئلة الدعوى على انهما
اقاما البينة على الملك فان ... وضعناها على انهما لم يقيما البينة على اليد حتى اقام احدهما بينة
على الملك فان القاضي يجب ان يقضي له في حق صاحبه خاصة دون غيره حتى لو وجدت الدار
في يد ثالث لم تنزع من يده لجواز ان يكونا احتالا فاستمع البينة في حق الخصم الحاضر دون
غيره واما اذا لم يكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى الاخر فان حلفا جميعا
لم يقض لواحد منهما باليد لانه لم يثبت لواحد منهما شي فان نكلا جميعا قضي باليد بينهما في حقهما
خاصة فان نكل احدهما قضي عليه خاصة حتى لو وجدت في يد ثالث لم تنزع من يده

فصل

قال ابو حنيفة في عبد كبير في يد رجل فاقر انه عبد لاخر وصاحب اليد
يدعيه فالقول قول صاحب اليد دون العبد وذلك لان الكبير في يد نفسه ولا يثبت
عليه اليد في الظاهر لانه يعبر عن نفسه فان قال انا حر فالقول قوله واذا اعترف بالرق
فقد اقر بانه لا يد له على نفسه وانه مما يثبت عليه اليد فصار بمنزلة الصغير الذي يثبت عليه
اليد وقالوا في الصغير اذا كان في يد رجل فادعا انه عبده ثم كبر فادعا انه حر لم يقبل قوله
لانا قد حكمنا بثبوت اليد عليه فلا يقبل قوله في ازالتها ولو لم يدع صاحب اليد في حال الصغر
انه عبده حتى كبر فادعى انه عبده وقال الغلام انا حر فالقول قول الغلام لانه لما لم يتقدم
الدعوى لم يحكم بالرق وقد صار بعد البلوغ في يد نفسه فكان المرجع الى قوله وقد قالوا اذا
شهد الشهود ان فلانا مات وهذه الدار في يده فانه يقضى بها للورثة وان قالوا مات وهو
فيها لم يقض بها وجملة ذلك انهم اذا شهدوا بيد للميت عند الموت كان ميراثا لان الموت
جهة لنقل الملك فكل شي في يده ينتقل الى ورثته الا ان يستحق عليه ولان الاملاك لا طريق
الى اثباتها الا بظاهر اليد والتصرف فاذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال صار كانهم شهدوا
بالملك وعلى هذا ايضا اذا شهدوا ان هذا الشي كان في يد فلان الى ان باعه وسلمه انها شهادة
بالملك لما شهدوا باليد مع جهة انتقال الملك وكذلك لو شهدوا ان فلانا مات وهو راكب
هذه الدابة لان الركوب تصرف ويد بدليل ان من ركب دابة لغيره كان غاصبا وليس
كذلك اذا شهدوا انه مات فيها لان كون الانسان في دار وموته فيها ليس بيد ولا تصرف
بدليل ان من دخل دار غيره بغير اذنه وجلس فيها لم يكن غاصبا عند من يقول ان العقار
لا يضمن بالغصب فلم يشهدوا له بالملك ولا بيد ولا تصرف ولا تستحقها الورثة قال

فان اقام احدهما بينة على الملك

ولا يقبل قوله منه في يده فصار في ازالة اليد

وقد قال اصحابنا في حايط بين دارين ادعاه كل واحد من صاحبي الدارين انه له فان كان لاحدهما
الدار جذوع فهو لصاحب الجذوع والاصل في ذلك ان يد كل واحد من صاحبي ثابته على الحايط
من طريق الحكم بدليل انه يستظل به واذا كان كذلك جاز ان ترجح احدى اليدين على الاخرى
بالعلامة كما ذكرنا في متاع البيت وقد قال الشافعي انهما سوا لنا انهما تنازعا في الحايط ولاحدهما
عليه ما يبنى له الحايط فوجب ان يكون اولى ممن يكون له مجرد الاستظلال اصله اذا كان لاحدهما
عليه ازج ولا يلزم اذا كان لاحدهما اتصال بالتربيع لانه له معنى زايد على الاستظلال
ولا يلزم الهرادي لان الحايط لا يبنى له فان قيل معنى حادث في الحايط بعد بنايه فوجب
ان لا يتقدم فيه دعوى احدهما كالتخصيص والتزويق قيل له هذا لا يصح لان الترجيح ابدا يقع
في الاملاك بمعنى حادث الا ترى انا نرجح في الدار بالسكنى وفي مدعي الدابة بالحمل وكل هذه المعاني
حادثه والشافعي يرجح بالازج وهو مثل الخشب لان الحايط اولا تبنى ثم يحمل الازج من جنب
العقود كما تبنى الحايط ثم يوضع عليه الخشب ثم يتم البنا بعد وضعه وانما التخصيص فهو معنى
لا يبنى الحايط لاجله فلم يقع به الترجيح والخشب يبنى له الحايط في الغالب فالظاهر ان صاحبه
هو الذي بناه فيترجح به فان كان لهما عليه جميعا جذوع فهو بينهما نصفان وسوا كثرت
جذوع احدهما او قلت بعد ان لا يكون لاحدهما ثلاثة جذوع وذلك لانهما قد تساويا في كون الحمل
لهما على الحايط فلا يعتبر بالزيادة اذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما
عليه مائة رطل وللاخر عليه خمسون انها جميعا سوا كذلك هذا فان كان لاحدهما جذع واحد او
اثنان وللاخر ثلثة فهو لصاحب الثلثه ولصاحب ما دون الثلثه موضع جذعه والحايط
للاخر وهو رواية اصحاب الاملا عن ابي حنيفة وابي يوسف وذكر محمد في الاقرار ان الحايط
كله لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته يعني حق الوضع وفي
رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته والقياس ان يكون بينهما نصفين ووجهه
ان وضع الخشب تصرف فهو بذلك في ايديهما فلا معتبر بالقلة والكثرة كثوب تنازعه اثنان
احدهما ماسك بطرفه والاخر باكثره وانما تركوا القياس لان وضع الخشب اذا استحق
الحايط استحق صاحب القليل بقدر خشبه وصاحب الكثير بقدر خشبه لثبوت يد كل واحد
منهما في ذلك المقدار الذي وضع عليه ووجه رواية كتاب الاقرار ان الخشب الكثير حمل مقصود
لان الحايط تبنى له والخشبة الواحدة ليس بحمل مقصود فصار كبعير تنازعه رجلان لاحدهما

عليه

عليه حمل وللاخر عليه اداوة الا ان على هذه الرواية تترك خشبة الاخر بحالها لان صاحب الخشب
الكثير استحق الحايط بالظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير فلم يجز ان يزيل يده ويفارق
ذلك الاداوة لان وضع الاداوة لا يجوز ان يستحق في ملك الغير وانما يستحق من جهته
ما له استحقاقا موقتا فاذا لم يثبت الاستحقاق في امر امر بالازالة والخشبة الواحدة
يجوز ان يستحق وضعها على التابيد في اصل تلك الحايط اذا شرط ذلك في اصل القسمة
فلم يوثر بالازالة وقد اختلف اصحابنا المتاخرون على الرواية التي يقول فيها لكل واحد
ما تحت خشبته فما حكم ما بين الخشبة قال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه
فلم يكن احدهما اولى من الاخر كرجلين تنازعا دارا في يد احدهما بيت منها وفي يد الاخر بيتان
بان الباقي بينهما نصفين كذلك هذا ومنهم من قال يكون ذلك بينهما على قدر خشبه كل واحد
منهما لان صاحب الخشب الكثير مستعمل لاستعمال الحايط اكثر من استعمال الاخر الا ترى
ان الجذوع يتقوى ما تحتها بما يليها فصار مستعملا لما يلي الجذوع فلهذا كان كما هو مستعمل
لوضع الجذوع فلهذا كان بينهما على قدر الجذوع واما اذا اختلفا في الحايط ولاحدهما اتصال
من احد الجانبين وللاخر عليه جذوع والاتصال هو مداخلة اللبن بعضه في بعض فذكر
في كتاب الدعوى ان صاحب الجذوع اولى وذكر ابو جعفر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى وجه الرواية الاولى ان الجذوع تصرف ظاهر والاتصال من جانب يد وصاحب
التصرف اولى من صاحب اليد كما لو تنازع الدابة راكب عليها ومتعلق بلجامها وجه الرواية
الاخرى ان الاتصال يجعل الجميع كحايط واحد وقد حكمنا ببعضه لصاحب الدار فاستحق
وكان الشيخ ابو عبد الله يقول هذه الرواية هو الصحيح فان كان لاحدهما اتصال
تربيع وهو ان يكون الحايط مداخلا لجانبيه كما يبطل المنازع فيه فيصير الجميع بنا واحدا
وهو كالقبة والازج فاذا حكمنا له ببعضه حكمنا له بجميعه ويكون اولى من صاحب
الاجذاع واذا ثبت ان صاحب اتصال التربيع استحق الحايط بالظاهر فلا يجوز ان يستحق
بذلك يد صاحب الجذوع وليس يمتنع ان تكون الحايط في الاصل لاحدهما وللاخر عليه
حق الوضع وعلى هذا قالوا في السفل والعلو اذا ادعى صاحب السفل العلو وصاحب
العلو السفل ان السفل لمن هو في يده ولصاحب العلو حق الوضع على حاله لا يزال
يده عنه بالظاهر ولا يشبه هذا حايط بين دارين لاحدهما عليه جذوع وانا مر

ابوحنيفة ليس لصاحب العلو ان يعلو اعلي علوه شيا ولا يضع جذوعا لم تكن وليس لصاحب
السفل ايضا ان يهدم السفل ولا ان يفتح فيه كوة ولا بابا ولا يدخل فيه جذوعا لان صاحب
العلو له حق الحمل في مقدار معين فلا يجوز له الزيادة عليه اضر بالمحمول عليه او لم يضر كمن
استاجر بعيرا ليحمل عليه قدرا معلوما وكذلك لا يجوز لصاحب السفل التصرف فيها كما لا
يجوز للموجر ان يتصرف في البهيمة ولا ان اخرجها وقال ابو يوسف ومحمد كلما لا يضر
السفل والعلو فهو جايز لان السفل ملك لصاحبه وانما منع من التصرف لئلا يضر بحق غيره
فما لا يضر به لا يمنع منه كالسكنى واذا انهدم لم يجبر صاحب السفل على البنا عند اصحابنا
ويقال لصاحب العلو ابن السفل ان شيت وابن عليه علوك فان فعل ذلك فله ان يمنع
صاحب السفل من سكناه حتى يودي اليه قيمة البنا مبنيا وانما لم يجبر على البنا خلاف
احد قولي الشافعي لان السفل ملك له يتفرد به فلا يجبر على عمارة ملكه لينتفع به غيره
ولا يشبه هذا اذا هدمه صاحب السفل لانه ابطل حق غيره بفعله فجاز ان يلزم اعادته
بمنزلة المولى اذا قتل عبده وعليه دين انه عليه قيمته واذا ثبت انه لا يجبر على البنا قيل
لصاحب العلو ان شيت فابن لان له في بنا السفل منفعة فصار كالمستاجر البعير اذا انفق
ان علفه لم يكن لصاحبه منعه وانما قلنا له منع صاحب السفل من الانتفاع به لان العرصة
وان كانت على ملكه فلصاحب العلو فيها مال قايم وهو البنا فهو بمنزلة ثوب لرجل وقع
في صبغ لاخر لم يكن لصاحب الثوب ان ينتفع به حتى يودي قيمة الصبغ وقد قال الشافعي
له ان يسكن وليس له ان ينتفع بالبنا واما ما يرجع به فقال في كتاب الدعوى يرجع بقيمة
البنا قايما وقال الخصاف يرجع بما انفق وجه الرواية الاولى ان العرصة لصاحبها ولصاحب
العلو فيها مال قايم فلم يجز له الانتفاع به حتى يودي قيمته كالثوب الذي وقع في صبغ
رجل انه يلزمه ما زاد فيه الصبغ كذلك ههنا وجه الرواية الاخرى ان صاحب العلو
ماذون في الانفاق من طريق الحكم فوجب ان يرجع بما انفق كالاب والوصي اذا انفقا على
ملك الصغير وعلى هذا الحايط بين الدارين اذا سقط لم يجبر واحد منهما على بنايه لان
التخلص من ضرر الشركة ممكن بالتراضي بالقسمة فان كان لاحدهما عليه جذوع وقد طلب
جميع العرصة واراد الاخر قسمة عرصته لم يجبر على ذلك لسقط حقه عن بعضها فان
طلب صاحب الجذوع القسمة جاز لانه القايم بقسم حقه فاذا رضي باسقاط حقه جاز فان

الاخر البينة انه له يقضي القاضي بالبينة له ويامر الاخر برفع الجذوع لان الملك يستحق
بالبينة لا بالظاهر والبينة يجوز ان يستحق بها يد الغير ولو كان لاحدهما عليه سترة
او بنا فهو لصاحب السترة والبنا لانه حمل مقصود فاشبه البعير اذا كان لاحدهما عليه
حمل ولو كان لاحدهما عليه بواري او هرادي لم يستحق به شيا لانه ليس بحمل مقصود
الا ترى ان الحايط لا يبنى لذلك فهو بمنزلة ما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليه اداوة
او مخلاة انه لا يترجح بذلك ويكون بينهما كذلك هذا وان كان الحصن بين دارين نازعا
كل واحد منهما والقمط الى احدهما فهو بينهما نصفان في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد هو لمن اليه القمط وجه قول ابي حنيفة ان القمط نفس الحصن والشي لا يجعل
دليلا على نفسه لان صاحب الملك قد يجعل القمط الى جاره ليكون الوجه المستوي اليه
لتطيينه او تجصيصه واذا جاز ذلك لم يقع به ترجيح وجه قولهما ان رجلين تنازعا في
خص فانفذ النبي صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان فقضى بالخص لمن اليه القمط
وذكر ذلك للنبي عليه السلام فرضيه والجواب انه يحتمل انه قضى له بسبب اخر وذكر
القمط على وجه التعريف كما يقال قضى لصاحب الطيلسان ولا بد ان القضا وقع لاجله
كذلك ههنا قال ابو حنيفة اذا كان وجه البنا واتصال اللبن والطاقات الى احدهما لم يحكم
به عند ابي حنيفة لما ذكرنا وعندهما يترجح بذلك اعتبارا بالعادة وهو ان الانسان يجعل
وجه البنا الى صاحب الملك وكذلك الطاقات فيترجح به **فصل** اذا اختلف
صاحب العلو والسفل في السقف فهو لصاحب السفل وقال الشافعي هو بينهما لنا
انهما تنازعا محمولا على ملك احدهما فكان اولى به اذا لم يكن مع الاخر ترجيح كما لو اختلفا
في متاع محمول على بعير احدهما ولا يلزم اذا كان احدهما راكبا فوق المتاع لان معه
ترجيحا ولا يلزم بنا العلو لان صاحب السفل ان ادعاه كان له وانما وضع المسالة على
انه سلمه لصاحب العلو فان قيل انه حاجز بين ملكيهما غير متصل بنا احدهما اتصال
البنيان فوجب ان يكون في ايديهما اصله الحايط بين دارين قيل له الجذوع السقف
مداخلة لبنا صاحب السفل مداخلة شايعة لبنا العلو فهو كاتصال الحايط ببناهما
فاما الحايط بين الدارين فليس بمبني على ملك احدهما وفي مسالتنا الجذوع محمولة
على بنا احدهما فهو ان السقف من الحايط ان يكون مبنيا في عرصة احدهما ويدخل

وجميع

هدم احدهما الحايط كلف اعادته لانه متعدي في ذلك فان سقط بنفسه ولاحدهما عليه
خشب فله ان يبني ويمنع الاخر من الانتفاع به حتي يسلم نصف قيمته كما ذكرنا في السفل والعلو
قال اذا كان لرجل باب في داره في دار رجل فاراد ان يمر في دار الرجل من ذلك الباب
فلصاحب الدار منعه الا ان ياتي بشاهدين يشهدان ان الطريق له ثابت فيها وذلك لانه
تدعي حقا في ملك غيره فلا يقبل قوله الا ببينة فان اقام البينة علي ذلك قضي له فان
شهد الشهود انه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيا لان هذه شهادة
بيد كانت وذلك لا يتعلق به استحقاق واذا شهدوا انه طريق ثابت فلا بد ان يثبتوا موضع
الطريق من الدار ومقداره ومن اصحابنا من قال ان الشهادة مقبولة وان لم يثبتوا ذلك
لان الشهادة انما توثر في الشهادة لانه لا يمكن الحكم بها فاذا امكن الحكم بها لم توثر الجهالة والطريق
موضعه معلوم وهو بين الدارين ومقداره مقدار عرض الباب فصار معلوما وان
لم يثبتوا وعلي هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فله منعه من تسييل الما فيه حتي يقيم البينة
انه له في هذه الدار مسيل ما لما بينا ان من ادعي حقا في ملك غيره لا يثبت الا ببينة ولا
يثبت بمجرد دعواه لان الميزاب في ملك نفسه فلا يستحق به حقا علي غيره وقد ذكر ابو الليث
عن شيوخنا المتاخرين من الخراسانية انهم قالوا استحسن في هذه المسلة اذا كان الميزاب
قديما وكان تصويب السطح الي داره وعلم ان التصويب قديم ان يجعل له حق المسيل لان هذه
علامة شاهدة لدعواه واقامة البينة علي ذلك يتعذر في العادة وقد ذكر محمد في كتاب
الشرب في نهر في ارض رجل ورجل اخر يسيل فيه الما فاختلفا في ذلك ان القول قول صاحب
اليد فاما في مسله الميزاب فالاختلاف وقع وليس في الميزاب ما فلا بد فيه للمدعي فلم يقبل
قوله فان اقام صاحب الميزاب بينة انه له في الدار حق مسيل قبلت لانه اثبت حقا في ملك غيره
وهو متعلق بالبقعة علي التابيد فصار كمالك البقعة فان شهدوا انهم راوه يسيل فيه الما
فليس بشهادة بشي ولا يستحق بذلك شيا حتي يشهدوا ان له مسيل ما فيها من هذا الميزاب
وذلك لان الشهادة بمسيل كان شهادة بيد كانت فلا تقبل فان شهدوا انه لما المطر فهو
لما المطر خاصة وان شهدوا انه لما المطر وغيره فهو كذلك وان لم يفسروه الي شي بل شهدوا
ان له مسيلا فالقول في ذلك قول رب الدار مع يمينه لان حق المسيل يختلف فيختص بعض
الاوقات تارة وبعضها اخري وقد شهدوا بحق معلوم في نفسه لكنه مجهول الصفة

فصار

فصار كما لو شهدوا انه غصب ثوبا ولم يبينوا صفته كان القول قول الغاصب في صفته كذلك في
حق رب الدار ولو كان له في دار رجل ميزاب فاراد ان يجعله قناة او قناة فاراد ان يجعله ميزابا
لم يكن له ذلك الا برضا صاحب الدار لانهما يختلفان في الضرر الا ترى ان القناة تطرح الما في صدر
الحايط والميزاب يطرح وسط الحايط والما لا ينقص من القناة وينقص من الميزاب وان كان له
ميزاب فاراد ان يجعله قناة احتاج الي حفر الحايط وهذا كله ضرر فلم يكن له فعله وقد حكي عن
الشيخ ابي الحسن انه قال ان تساويا في الضرر لم يمنع منه وليس له ان يجعل ميزابا اطول مما كان
له ولا اعرض منه لان طوله يطرح الما في غير البقعة التي كان له طرح الما فيها والزيادة في العرض
يودي الي جعله من الما اكثر مما كان يستحقه ولو اراد ايضا ان يسيل ما سطح اخر في ذلك الميزاب
لم يكن له ذلك لان حقه ثبت في مقدار معلوم فليس له ان يضم اليه غيره وكذلك ليس لصاحب
الدار ان يغير الميزاب عما هو عليه لانه حق له بصفة فلم يكن له تغييره عن تلك الصفة ولو اراد صاحب
الدار ان يبني في العرصة بناء ويسيل ما الميزاب علي سطحه كان له ذلك لان له حق المسيل ولا فرق
بين ان يجري في العرصة او علي سطح وليس لصاحب الدار ان يبني في العرصة ما يمنع صاحب
الطريق بل يترك في ساحة الدار مقدار عرض الباب ويبني في الباقي لان حق صاحب الطريق ثبت
في مقدار عرض الباب وما سواه لا حق له فيه ولا يمنع مالكه من التصرف فيه **قال**
رحمه الله واذا اختلف المتبايعان في المبيع فادعي احدهما ثمنا وادعي البايع اكثر منه واعترف
البايع بقدر من المبيع وادعي المشتري اكثر منه واقام احدهما البينة قضي بها وذلك لانها بينة لا تقابلها
الا الدعوى فكانت اولي من الدعوى **قال** وان اقام كل واحد منهما البينة كانت البينة المثبتة
للزيادة اولي وكذلك ان ادعي البايع اكثر مما يدعيه المشتري من الثمن وادعي المشتري اكثر مما
عرضه البايع من المبيع في حالة واحدة فالبينة بينة البايع في الثمن وبينة المشتري في قدر المبيع
لان كل واحد من البينتين تثبت زيادة والبينة المثبتة للزيادة اولي **قال** فان لم يكن
لواحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضي بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا
العقد وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا العقد وذلك لان
الغرض رفع الخلاف وقطع الخصومة وذلك يمكن برضي احدهما بما يدعي الاخر عليه ولان
كل واحد منهما قد لا يختار فسخ العقد مع وجود ما ذكرناه من الخلاف ويعود الي الرضا اذا علم
ان العقد ينفسخ فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتي يسال كل واحد منهما عما يختار فاذا وقع

الرضا بالعقد من احدهما سقطت الخصومه **قال** فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما
على دعوي صاحبه وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ينفي التحالف وجه القياس انهما اتفقا ان
المبيع دخل في ملك المشتري وانما اختلفا في الثمن وهو دين في الذمة والاختلاف في الدين لا يوجب
التحالف ولانهما اتفقا على انتقال الملك في المبيع واختلفا في قدر الثمن فلو تحالفا لفسخنا الملك في
المبيع وذلك لا يجوز بالتحالف مما لم يختلفا فيه كما لا يفسخ عقدا اخر وجه الاستحسان ما روي عن رسول
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا
وقد ذكر محمد في كتاب الدعوي قياسا اخر اذا قال بعت بالفين وقال المشتري بالف
فالقياس ان يتحالفا ويكون بيعا بالف ووجه ذلك انهما اتفقا على الالف واختلفا في الزيادة والتحالف
يسقط ما اختلفا فيه دون ما اتفقا عليه **قال** يبتدي بيمين المشتري وهذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة رواه الحسن عنه في المجرد وذكر في المنتقى رواية عن ابي حنيفة انه يبدا بيمين البايع
وكذلك ذكره ابو الحسن في جامعه وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال يبتدي بيمين المشتري
وجه الرواية الاولى ان اليمين انما تثبت لفايدة النكول بدليل انه لا يستحلف فيما لا يستوفي بالنكول
ونكول المشتري بتعجيل فايدته وهو تسليم الثمن ويكون البايع يتاخر فايدته لانه يقال له اسلم
المبيع حتي يستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فايدته بالنكول اولى ولهذا قلنا ان عقد البيع متى وقع
عينا بعين وثمنا بثمن ان القاضي يبدا بايهما شا لما تساويا في فايدة النكول وجه الرواية
الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع فخصه بالذكر
واقل فوايد التخصيص هو التقديم وقد قال اصحاب الشافعي في المسلة ثلثة اقوال احدها
يبدا بيمين البايع والثاني بيمين المشتري والثالث الحاكم بالخيار ومنهم من قال يبدا بيمين
البايع بكل حال وهذا لا يصح لانه عقد فيه عوض فالبداية به بالحلف بيمين في ذمته البدل
كالنكاح والظاهر قوله عليه السلام واليمين على من انكر فان احتج بقوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البايع قيل له انما خص البايع بالذكر لان عين المشتري معلومة
لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه وبين ما
اشكل ولم يتقدم بيانه واما صفة اليمين فيحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري
ما اشتراه بالفين وذكر في الزيادات ان البايع يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف والصحيح الاقتصار على

الذي

التي لان الايمان على ذلك وضعت وجه ما ذكر في الزيادات ان الاثبات يذكر على طريق التاكيد
ولا يمتنع مثل ذلك الا ترى ان البينات وضعت على الاثبات ويجوز ان يؤكد بالنفي اذا شهدوا ان
فلانا مات ولا نعلم له وارثا وكذلك هذا **قال** فاذا تحالفا فسخ القاضي بينهما وهذا الذي ذكره
يدل على ان العقد لا ينفسخ بالتحالف حتى يفسخه القاضي وهو صحيح لان التحالف يسقط به ما يدعيه
كل واحد منهما من البدل واذا سقط ذلك فسد العقد لعدم البدل فيه والبيع الفاسد لا بد للقاضي
من فسخه **قال** وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوي الاخر لما بينا ان النكول في معنى البدل
وبدل الاعواض يصح من طريق الحكم فجاز الحكم فيها بالنكول **قال** وان اختلفا في الاجل او
في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه
وقال الشافعي اذا اختلفا في شرط الاجل او الخيار او في مقداره تحالفا لانه اختلاف
في غير المعقود عليه فصار كالاختلاف في الحط والبراة ولانها مدة ملحقة بالعقد فالاختلاف
فيها لا يوجب التحالف كما لو اختلفا في مضي الاجل فان قيل قال عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
استحلف المبتاع قيل له هذا مجمل لانا نعلم انهما لو اختلفا في دخول زيد الدار لم يجب التحالف
وانما المراد اختلافهما في معنى مخصوص فوقف ذلك على الدليل فان قيل الاجل صفة في اليمين وصفة
في العوض فاذا اختلفا فيها جاز ان يتحالفا كالصحاح والغلة قيل له الاجل ليس بحلية بصفة
في الثمن بدليل ان الاجل يمضي والثمن موجود مستحق لا بهذه الصفة واما الصحاح فهي صفة
بدليل ان الثمن لا يوجد مع انتفائها عنه بحال **قال** وان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وجعل القول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على
قيمته الهالك وبه قال الشافعي وجه قولهما ما روى القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله
بن مسعود ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع فاذا استهلك
فالقول ما قاله المشتري وهذا لا يصح ولانه نوع فسخ فلا يصح بعد هلاك ما تعين بالعقد في ضمان
المشتري كالاقالة ولا يلزم اذا باع عبدا بجارية فهلك احد العوضين ثم اختلفا لانا قلنا ان
بعد هلاك ما تعين وهاهنا الفسخ بعض هلاك بعض ما تعين بالعقد فان قيل روي ابن مسعود
عن النبي عليه السلام انه قال اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار
ولم يفصل قيل له راوي هذا الخبر هو راوي خبرنا وفي خبرنا زيادة وهو قوله وان كانت
هالكة فالقول قول المشتري والزايد اولى فان قيل اتفقا ان السلعة كانت للبايع وانها

انتقلت منه الى المشتري ومتى اختلفا في صفة الانتقال كان القول قول المالك في صفة الانتقال
كما لو قال المالك بعتك وقال القابض وهبت لي فالقول قول المالك كذلك في مسئلتنا اتفقا
على العقد انه عقد بيع وقد وقع الاختلاف في البدل فاذا لم تظهر زيادة اليمين بالبينة بقي البيع بالثمن
الثمنين فان لم يرض البايع به وجب الرد وذلك لا يمكن في الهالك فاما البيع والهبة فالاختلاف
وقع في جنس العقد وكل واحد منهما حلف على عقد غير العقد الذي حلف الاخر عليه فاذا حلفا
لم يظهر واحد من العقدين فبقيت العين في يده تالفة من ملك غيره فيجب قيمتها من غير فسخ
وفي مسئلتنا اتفقا على البيع فاذا لم تثبت الزيادة احتجنا الى فسخ عقد ثابت باتفاقهما والفسخ ابدا
لا يقع في الهالك وجه قول محمد انه اختلاف في المعقود عليه فاشبه حال بقا السلعة قال
وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان ويفسخ البيع في الحي وقيمة الهالك وهو قول
محمد وجه قول ابي حنيفة ان المعنى المانع من التحالف اذا هلك جميع المبيع ان الفسخ يقع على القيمة
التي لم يقع عليها العقد وهذا موجود اذا هلك بعضه وليس كذلك اذا رضي البايع بترك حصة
الهالك لانه سقط من العقد وصار كانه لم يكن وكان العقد لم يقع الا على الباقي وجه قول
ابي يوسف ان التحالف سبب للفسخ كالاقالة ومعلوم ان الاقالة جايزة مع هلاك بعض
المبيع فكذلك التحالف واما محمد فمن اصله جواز التحالف مع هلاك جميع المبيع فمع هلاك
بعضه اولى قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف
وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانها شهادة قابلت الدعوى فكانت
اولى منها قال وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة وذلك لانه يثبت الزيادة
فكانت اولى قال وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولم يفسخ النكاح وهذا
ايضا قول محمد وقال ابو يوسف القول قول الزوج ما لم يات بشي قليل مستنكر وجه قول
ابي حنيفة ومحمد انه عقد يتناول المنافع فاذا اختلفا مع بدله مع بقا العقد لم يجعل القول
قول المستحق عليه كالاجارة ولان الاختلاف في التسميه يسقط حكمها اذا تحالفا ومتى
كان في التحالف فايدة مع بقا العقد لم يجعل القول قول المستحق عليه كالاجارة ولان الاختلاف في الثمن
تحالفا كالبيع ولا يلزم العتق على مال والصلح من دم العمد لانه لا فايدة في التحالف هناك الا ترى
ان التحالف يسقط التسميه فيبقى المعقود عليه لا تسميه له فيسقط البدل اصلا وليس كذلك النكاح

لان

لان سقوط التسميه فيه لا تودي الى سقوط البدل راسا لان مهر المثل تجب بالعقد وان لم يسمه ولا يلزم
الكتابة لانا لو اسقطنا التسميه لم يمكن الرجوع الى بدل لان القيمة لا تجب بالعقد وجه قول ابي يوسف
ان النكاح بمنزلة السلعة المستهلكة بدليل انه لا ينفسخ العقد فيه بالتحالف واذا كان كذلك وجب ان
يجعل القول قول المستحق عليه وهذا لا يصح لان البضع بمنزلة السلعة القايمة بدليل جواز الخلع عليه
وقوله ما لم يات بشي مستنكر قيل في التفسير مثل ان يذكر ما لا يتزوج مثل تلك المراة عليه وقيل
ان يذكر اقل من عشرة دراهم واذا ثبت عند ابي حنيفة انه يستحلف ولا ينفسخ العقد قال يحكم مهر
المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر
قضي بما ادعته وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضي لها بمهر المثل
وانما كان كذلك لان كل واحد من البدلين يسقط بيمين الاخر فيبقى موجب العقد وهو مهر المثل فكل من
شهد له الظاهر قبل قوله فان كان مهر المثل مثل ما تدعيه المراة او اكثر فالقول قولها لانها رضيت
باسقاط حقها في الزيادة وان كان مثل ما قال الزوج او اكثر فالقول قولها لانها رضيت بالزيادة
فكان الظاهر يشهد له وان كان مهر المثل بين ذلك فالظاهر لا يشهد لواحد منهما فسقط قولهما ووجب
القضا بالظاهر فان قال الزوج تزوجتها على هذا العبد وقالت على هذه الجارية فهو كالمسئله
المتقدمة الا في فصل واحد وهو ما اذا كان قيمة الجارية مثل مهر المثل فيكون لها قيمة الجارية لان
تمليك الجارية لا يكون الا بالتراضي ولم يتفقا على ذلك فاوجب القضا بالقيمة قال واذا اختلفا
في الاجارة قبل استيفا المعقود عليه تحالفا وترادا وذلك لانه عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس
في معنى التبرع فجاز ان يثبت فيه التحالف كالبيع فان قيل التحالف يثبت على وجه الاستحسان
فكيف يقيسون عليه قيل له خبر التحالف اقتضى نوعا من الاجارة وهو من باع عينا بمنفعته فاذا
ثبت التحالف بدليل الخبر في نوع ثبت في كل نوع لان احدا لا يفصل بينهما قال وان
اختلفا في ذلك بعد الاستيفا لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وذلك لان التحالف
يثبت لاجل الفسخ والمنافع التي استوفاها لا يمكن فسخ العقد فيها فلا يثبت التحالف وهذا ظاهر
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لان التحالف لا يثبت في المبيع الهالك عندهما واما محمد فانه اثبت
التحالف هناك ولم يثبت ههنا لان البيع اذا فسخ بالتحالف بقيت العين متقومة بنفسها في يد المشتري
فيقضي عليه بقيمتها واذا فسخت الاجارة بالتحالف بقيت المنافع مستوفاة بغير عقد فلا تتقوم
فكان في اثبات التحالف اسقاط عوضها فكان الرجوع الى قول المستاجر اولى وانما رجعنا الى قوله

للمستاجر لانه هو المستحق عليه ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه
قال وان اختلفا بعد استيفا بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول
في الماضي قول المستاجر وذلك لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه عقدا مبتدا فصار ما بقي من
المدة كالمنفرد بالعقد فتحالفا فيه ولا يشبه هذا هلاك بعض المبيع لان عند ابي حنيفة كل جزء منه
ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا وانما الجملة مملوكة بعقد واحد واذا تعذر الفسخ في بعضه سقط فيما
بقي وانما جعل القول قول المستاجر فيما مضى لانه المستحق عليه **قال** واذا اختلف المولى وعبده
المكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه عقد على العتق بعوض فلا يثبت فيه التحالف كالعتق
على مال وجه قولهما انه عقد بعوض يلحقه الفسخ فصار كالبيع **قال** واذا اختلف الزوجان
في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنسا فهو للمراة وما يصلح لهما فهو للرجل
فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنسا فهو للباقي منهما وقال
ابو يوسف يدفع الى المراة ما تجهز به مثلها والباقي للزوج وقد قال محمد ما يصلح لهما فهو للزوج
حال حياته والورثة من بعده وروى محمد عن زفر ان ما يصلح لهما فهو بينهما نصفان وروى
الحسن عنه ان جميع ما في البيت بينهما الا ما كان في يدهما شاهدا وبه قال الشافعي وجه قول
ابي حنيفة ان كل واحد منهما له يد في الدار من طريق الحكم بدليل انه لو تنازع احدهما اجنبي في متاع
البيت كان هو اولى به من الاجنبي واليدان من طريق الحكم يجوز ان يترجح بالظهور والقوة كاليدين
من طريق المشاهدة مثل الساكن والمتعلق بالحلقة والراكب والمتعلق باللجام واذا ثبت هذا قال
ابو حنيفة الظاهر ان الرجل هو يتخذ السيف والرمح والعمامة فكانت يده في ذلك اظهر فكان
وكذلك ما تتخذه المراة واما ما يصلح لهما فيد الرجل فيه اظهر ولان المراة تحت يده وفي
يمنعها من الخروج ولا ولاية لها عليه فكانت يده اقوى وجه قول زفر انهما تساويا في اليد فكان
بينهما كما لو كان في يدهما شاهدا قيل له لا نسلم انهما تساويا في اليد وهو موضع الخلاف
والمعنى في الاصل ان يد احدهما ليست باظهر من اليد الاخرى وفي مسالتنا يد احدهما اظهر
على ما بيناه فجاز ان يترجح على الاخرى فان قيل اليدان يترجح احدهما على الاخرى بالعلامة اصله
العطار والاسكاف اذا تنازعا في المسك او في قالب الخف قيل له لا نسلم انما لا يكون في ايديهما
من طريق المشاهدة مثل ان يكون في ايديهما حقيقة فاما ههنا لا يترجح بالعلامة لان اليدين

طريق

166

طريق المشاهدة فعل مقطوع به والعلامة امر مظنون فلا يترجح المقطوع به بالمظنون كالنص لا يترجح بالقياس
وان كان في ايديهما من طريق الحكم مثل ان يكونا ساكنين في دار وبيت فتنازعا فانه يترجح يد كل واحد منهما
بالعلامة فيكون المسك للعطار والقالب للاسكاف والموسى للحجام وجه قول ابي يوسف ان ما تجهز
به المراة الظاهر انه لها ولا ظاهر فيما سواه فلم تستحقه وهذا لا يصح لان جهاز النسا مختلف
مجهول فلم يمكن الرجوع اليه واما الكلام على محمد فلان يد الحي اظهر من يد الميت واليدان من طريق
الحكم اذا اجتمعتا فالظاهر اولى ولان يد الميت قد زالت ولم تتجدد يد الوارث بدليل انه لو هلك
شي من التركة واستحقه مستحق لم يضمن الورثة فدل ذلك على عدم ثبوت ايديهم فكان من له
اليد اولى وجه قول محمد ان كل ما استحقه الانسان حال حياته لورثته بعد موته كساير املاكه **قال**
واذا باع الرجل جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البايع
وامه ام ولده وتفسخ البيع ويرد الثمن وجملة ما يقال في هذا ان الدعوة على ضروب منها دعوة
الاستيلاد وهي هذه وصفتها ان يكون ابتدا العلوق في ملك المدعي والدليل على جوازها انا ابتدا
العلوق اذا كان عند البايع استندت دعوته الى العلوق فصار ذلك شاهدا على دعواه فكانه
ادعى ثم باع والحكم الذي يتعلق بدعوة الاستيلاد انها بمنزلة الحق فيما يوثر في ابطال حق الغير
الدليل على ذلك ما قالوا في الجارية المشتركة اذا علقت في ملك احد الشريكين فادعاه احدهما ضمن نصف
قيمتها لشريكه ولم يضمن من قيمة الولد شيا ولو كان ابتدا العلوق قبل ملكهما ضمن نصف قيمتها ونصف
قيمة الولد فدل على ان دعوة الاستيلاد قد اثرت في اسقاط حق الشريك من نصف الولد فكذلك
يوثر ههنا في اسقاط حق المشتري واستحقاق ملكه فاذا صحت الدعوى ثبت النسب
والاستيلاد وصار كانه باع ام ولده فيفسخ فيها ويرد الثمن لان سلامة الثمن موقوف
على سلامة المبيع **قال** فان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى
وذلك لان دعوة البايع تستند الى امر سابق وهو العلوق ودعوة المشتري لا تستند واذا
تساويا في الدعوة كانت دعوة البايع اولى لتقدمها في المعنى وهو سبق الدعوة واما اذا ادعاه
المشتري ولم يدعه البايع فانه يثبت نسبه منه بالملك لان دعوة المشتري دعوة ملك ومعناها
ان يكون العلوق في ملكه وهذا ضرب من الدعوة وحكمها ان تكون بمنزلة العتق الموقع فكل موضع
صاحب تقدمت الدعوة اذا لم يمنع منها مانع وانما اعتبرنا دعوة الملك بالعتق لانها تتضمن
حرية ولا تستند الى امر سابق فصار كايقاع الحرية فاذا ادعى البايع الولد بعد دعوة المشتري

لم تقبل دعوته وكان ابن المشتري وذلك لان النسب قد ثبت من المشتري وهو معنى لا يلحقه
الفسخ ودعوة الاستيلاد لا تقبل اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ الا ببينة او ما في معناها
فان جات به لاكثر من سنتة اشهر لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري وذلك لان
دعوة البايع ههنا دعوة ملك لان العلوق لا يعلم انه كان في ملكه وقد بينا ان دعوة
الملك بمنزلة ايقاع العتق فاذا لم ينفذ عتقه في هذا الحال لم ينفذ دعوته فان صدقه المشتري
قبلت دعوته لان النسب يجوز ان يكون كما قال وانما لم يصدقه لحق المشتري فاذا صدقه
فقد رضي باسقاط حقه فان ادعاه المشتري بعد التصديق لم تقبل دعوته لان النسب
قد ثبت من البايع وزوال ملك المشتري فيه فلا يقبل قوله في ابطال نسب ثابت **قال**
فان مات الولد فادعاه البايع وقد جات به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد من
الام وعلى هذا لو اعتقه المشتري او دبره والاصل في ذلك انه متى حدث ما لا يلحقه الفسخ
لا يجوز فسخ الملك فيه بالدعوة ولهذا المعنى قلنا ان دعوة الاستيلاد بمنزلة الحق فيما يوثر
في ابطال حق الغير ولم يجعلها صريح الحق كالبينة لانها لو كانت كذلك لبطل بها العتق ولم يجعلها
ايضا بمنزلة الدعوى لانها لو كانت كذلك لم تستحق بها ملك المشتري فلم يبق الا ان يجعل
واسطة بين الامرين فان كان الولد بحاله لم يحدث فيه ما يلحقه الفسخ قبلت دعوته وثبت
النسب منه كما يقبل البينة وان حدث فيه ما يلحقه الفسخ لم تنفذ الدعوة كما لا تقبل البينة
واذا مات الولد فقد تعذر اتصال النسب فيه الا ترى ان الحقوق لا تثبت ابتدا للميت
ولا عليه فلهذا لم تصح الدعوة واذا لم يثبت النسب كانت الام بحالها لان الاستيلاد
فرع للنسب فاذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد **قال** فان ماتت الام وقد
جات به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البايع ورد الثمن كله في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام اما ثبوت
النسب فلان الولد بحاله لم يحدث فيه شي لا يلحقه الفسخ فصحت الدعوة منه والام قد
وجد فيها ما لا يلحقه الفسخ فلم تؤثر الدعوة ولان النسب يجوز ان ينفرد ويحق عن الاستيلاد
الدليل عليه ولد المغرور ولان الاستيلاد فرع والنسب اصل وتعذر الفرع لا يبطل الاصل
وتعذر الاصل يمنع من ثبوت الفرع وانما رجع باليمين كله على قول ابي حنيفة لان الولد لم
يتناوله العقد ولا تلف في يده فلم يلزمه في مقابلته شي واما الام ففي زعم البايع انها

ام ولد ولا قيمة لام الولد عنده ولم يضمن باليد فلزمه ان يرد جميع الثمن وعلى قولهما لزمه قيمتها
لما قبضها المشتري وتلفت في يده وجب عليه ضمانها باليد فرجع بحصته الولد خاصة **قال**
ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه وذلك لانهما حمل واحد فلا ينفرد نسب بعضه
عن بعض كالولد الواحد ويصير ثبوت نسب احد الولدين شاهدا على نسب الاخر

كتاب الشهادات

قال رحمه الله الشهادة فرض يلزم الشهود اداوها ولا يسعهم كتمانها
اذا طالبهم المدعي وذلك لقوله تعالى ولا يأب الشهدا اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا
الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وانما اعتبر مطالبة المدعي لانه حق له فوقف على مطالبته
كساير الحقوق **قال** والشهادة بالحد ويخير الشاهد فيها بين الستر والاظهار
والستر افضل وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يلقن المقر بالسرقة الرجوع
فيقول ما اخاله سرق ولقن ماعزا الرجوع وقال له لعلك قبلت لعلك لامست
وطرده مرة بعد مرة وعن عمر رضي الله عنه انه قال طردوا المعترفين يعني بالزنا
فدل ذلك على ان للامام مندوب الى درء الحدود قبل ثبوتها واذا ندب الامام الى ذلك
كان اعتباره في حق الشاهد اولى وهذا يقتضي ان يكون الاولى للشاهد الستر على المسلم
فان اختار اقامة الشهادة جاز وقد ترك الاولى وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
للرجل الذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك **قال** الا انه يجب ان يشهد في
السرقة بالمال فيقول اخذ ولا يقول سرق وهذا الذي ذكره صحيح لان الواجب
في السرقة ضمان المال او القطع والامر في ذلك مراعا فان سقط القطع لشبهة وجب
المال وان قطع السارق سقط عنه الضمان فان اختار الشاهد الستر كره والحد وجب
ان يشهد بالمال لوجوبه عند سقوط الحد ولو لم يشهد باخذ المال سقط مع سقوط الحد
وهذا لا يجوز ويمكنه ان يشهد على وجه يثبت المال دون الحد وهو قوله اخذ فكان ذلك
اولى **قال** والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ولقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة
من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم **قال** ولا تقبل شهادة النسا فيه لما روي
عن الزهري انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من
بعده ان لا تقبل شهادة النسا في الحدود والقصاص ولان شهادة النسا قايمة مقام

شهادة الرجال وما سقط بالشبهه لا يثبت بما قام مقام الغير **قال** ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل فيها شهادة النسا وذلك لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وهو عام
والا انا لم تقبل فيه شهادة النسا لانه مما يسقط بالشبهه كحد الزنا ولحديث الزهري ايضا
قال وما سوي ذلك من الحقوق تقبل فيه شهادة رجلين او رجل وامراتين سوا كان
الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية وقال الشافعي لا تقبل شهادة
النسا في النكاح والطلاق والرجعه والتوكيل والوصية اليه والوديعة والعتق والنسب
والكتابة والتدبير وتقبل في القروض والغصوب وعقود المعاوضات والقراض والرهن
والجناية التي توجب المال لنا قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهو عام ثم قال
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وروي عطا عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال
اجاز رسول الله صلي الله عليه وسلم شهادة رجل وامراتين في النكاح وهذا نص ولما الرجعه
فلانها وضعت لمنع زوال الملك فصار كاسقاط الخيار في البيع واما الطلاق فلانه سبب
للتحريم كالرضاع واما العتق فلانه ازالة ملك فاشبه البيع ولان جميع ذلك مما لا يوثر
فيه الشبهة فتقبل فيه شهادة النسا مع الرجال كعقود المعاوضات فان قيل ما لا
يقصد به المال اذا لم تقبل فيه شهادة النسا منفردات لا تقبل شهادتهن فيه مع الرجال
اصله القصاص والحد وقيل له تبطل بالاجارة والخيار ثم المعني في الاصل انه يسقط
بالشبهة فلم تقبل فيه شهادة النسا وفي مسئلتنا بخلافه **قال** وتقبل في الولادة
والبكارة والعيوب بالنسا في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة وقال
الشافعي اربع نسوة لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه اجاز شهادة القابلة في الولادة
وكذلك روي عن علي رضي الله عنه ولا مخالف له ولان ما يقبل فيه قول النسا منفردات
تقبل فيه قول امراة واحدة اصله الاخبار عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فان قيل
شهادة بحق فاعتبر فيها العدد اصله ساير الشهادات قيل له المعني في الاصل انه لما اعتبر
فيها العدد لم تقبل فيها شهادة النسا علي الانفراد ولما قبل في مسئلتنا شهادتهن علي الانفراد
لم يعتبر العدد كما قلنا في الاخبار **قال** ولا بد في ذلك كله من العدالة لقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ولقوله تعالى ممن ترضون من الشهدا والفاسق ليس ممن

ولقوله

ولقوله تعالى ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا ولان الفاسق تقدم علي ما هو محرم مع علمه بتحريمه فلا
يومن ان يقدم علي شهادة الزور فلم تقبل شهادته للتهمة **قال** ولفظ الشهادة فان لم
يذكر الشاهد لفظ الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته وقال تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا يسمي شاهدا الا ان ياتي بلفظ الشهادة لان الاسم مشتق من الشهادة
وقال النبي عليه السلام لهلال ايتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك فاعتبر لفظ الشهادة
قال وقال ابو حنيفة يقتصر الحاكم علي ظاهر عدالة المسلم الا في الحدود والقصاص فانه
يسال عن الشهود وان طعن الخصم فيهم سال عنهم وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال
عنهم في السر والعلانية وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان النبي عليه السلام قبل شهادة
الاعرابي علي روية الهلال ولم يسال عن عدالته في الباطن لما اظهر الاسلام لان الغالب
ان الانسان يبلغ وهو غير مرتكب للمعصية فتحصل له عدالة الاسلام فوجب الحكم ببقائها
ما لم يوجد ما ينافيها ولان من بين ذلك ان من ثبتت عدالته عند الحاكم بالسوال عنها يحكم
ببقائها ولا يسال عنه في الثاني لما ذكرناه كذلك هذا ولان السلف الصالح رضي الله عنهم
لم يسالوا عن الشهود واول من سال عنهم هو ابن شبرمة فدل اتفاقهم علي اعتبار عدالة
الاسلام وجه قولهما ان الشاهد يجوز ان يكون عدلا في الباطن ويجوز ان يكون فاسقا فوجب
اعتبار حاله لان من الحكم من لا يجوز الحكم بقوله ولان العدالة معتبرة فوجب البحث عنه ليعلم
وجود هذه الصفة المدلول علي ذلك الشهادة بالحدود وكان الشيخ ابو بكر الرازي رحمه
الله يقول لا خلاف في هذه المسله بين اصحابنا لان ابا حنيفة رحمة الله عليه اجاب
في زمانه وكان الغالب علي من شاهده منهم العدالة وقد زكاهم رسول الله صلي الله عليه
وسلم بقوله خير القرون قرني الذي بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب
واجاب ابو يوسف ومحمد في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة
لقال بقولهما واما اذا طعن الخصم في الشاهد فلا بد من السوال عنه لانه ادعي معني حادثا
فصارت المسله حقا له وجب بدعواه وان لم يكن حقا قبل الدعوي كحضور مجلس الحكم
والاستحلاف فان قيل اذا وقفت عدالة الاسلام يجب ان لا يسال عنهم كما لا يسال عنهم
بعد ما علم القاضي قيل له التعديل قد يتغير وقد قال محمد يجب علي القاضي ان ينظر
في عدالة الشهود في كل ستة اشهر هذا اذا كان التعديل متقدما فاما اذا كان قريبا فلا معني

فاعتبر لفظ الشهادة وقال ... وذوي عدل منكم ... تعالى واستشهدوا

للمسلم فاما اعتبار المسلم عنهم في الحدود والقصاص علي كل حال فلان الحدود قد يعتبر فيها
من الاحتياط ما لا يعتبر في غيرها ولهذا لا يقبل فيها شهادة النسا ولا الشهادة علي الشهادة
فجاز ان يوكد ايضا باعتبار عدالة الباطن وهو موضع اجماع ايضا **قال** وما يتحمله الشاهد
علي ضربين احدهما ما يثبت بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا
سمع الشاهد ذلك او راه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه والاصل في ذلك اجماعهم
علي ان رجلين لو سمعا رجلا طلق امراته ثلثا فجاءت تطلب شهادتهما او سمعا رجلا قد اعتق امته
فجاءت الامة تطلب شهادتهما لم يسعهما ترك الشهادة لانهما لو تركاها وطي الرجل حراما وكذلك
لو شاهد القتل والغصب والطلاق والعتاق لان كل واحد منهما ثابت بنفسه فيعتبر به كل ما هو
ثابت بنفسه في جواز الشهادة عليه من غير اشهاد وقد قالوا انما يجوز ذلك اذا راوه يفعل
ذلك او عرفوا صحته فاذا عرفوا او سمعوا كلامه من ورا حجاب غليظ او خلف حايط لا يرد
لم يسعهم الشهادة وان شهدوا وعرف القاضي ذلك لم يجز شهادتهم لان هذه شهادة
علي الصوت والصوت يشبه الصوت فلا تجوز الشهادة بالشك **قال** ويقول اشهد
انه باع ولا يقول اشهدني وهذا صحيح لانه لو قال اشهدني كذب في شهادته فلا يجوز
ذلك **قال** ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة علي الشهادة فاذا سمع شاهد
يشهد بشي لم يجز ان يشهد علي شهادته الا ان يشهده وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد علي
شهادته لم يسع السامع ان يشهد وذلك لانه غير ثابت بنفسه الا تري انه يفتقر الي حكم
الحاكم ولو شهد رجل عند حاكم فلم يحكم بشهادته حتي عزل لم يجز للقاضي الاخر ان يحكم
بتلك الشهادة حتي يعيدها فصارت بهذا الوجه بمنزلة ما لم يكن ولما كان الاقرار حكمه
ثابتا بنفسه كان للقاضي الثاني ان يقضي به فبان الفرق بينهما ووقف جواز الشهادة بما لا
يثبت بنفسه علي وجود الاشهاد **قال** ولا يحل للشاهد اذا راي خطه ان يشهد الا اذا
تذكر الشهادة وذلك لقوله تعالي الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلي الله
عليه وسلم لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الخط يشبه الخط
فاذا لم تذكر الشهادة لم تامن ان تكون غير خطه فلا تجوز له الشهادة بالشك **قال**
ولا تقبل شهادة الاعمي ولا المملوك وعن زفر ان شهادة الاعمي تقبل في النسب وقال
الشافعي تقبل شهادته فيما طريقه الخبر كالنسب والموت وتقبل ايضا في مسالة الضبط

دهو

وهو ان يتعلق برجل ويقر عنده لرجل بمال فيجي به الي القاضي من غير ان يفارقه فيقول اشهد
ان هذا اقر لفلان بكذا لنا قوله عليه السلام لابن عباس واذا رايت مثل الشمس فاشهد والا
فدع ولان من لا تقبل شهادته علي الديون لا يقبل علي الانساب كالفاسق او لا تقبل شهادته
علي شهادة غيره بحال فلا يقبل شهادته بنفسه كالعبد فان قيل ان هذه الشهادة لا
تقف علي المشاهدة بل تقف علي الخبر والاعمي يقع له العلم بالخبر كما يقع للبصير
قيل له هذا يبطل بالعبد واما البصير اذا تحمل شهادة ثم عمي قال ابو حنيفة ومحمد
لا يقبل وقال ابو يوسف يقبل وبه قال الشافعي وجه قولهما ان من لا تقبل شهادته
علي الاعيان لا يقبل شهادته علي الاسما والانساب كالفاسق بيان هذا ان عندهم لو قال
اشهد ان لهذا علي هذا كذا لم تقبل وانما يقبل اذا قال لزيد علي عمرو كذا ولانه لا يخلو اما
ان يشهد بالاشارة الي المدعا عليه او بالاسم ولا يجوز ان يشهد بالاشارة لانه يبعد الشهود
عليه بالاستدلال فاشبه البصير اذا شهد من ورا حايط ولا يجوز ان يشهد علي الاسم
لان ذلك لا يصح مع حضور المدعا عليه اصله البصير وجه قول ابي يوسف انه تحمل
الشهادة وهو بصير ويوديها علي الاسم فجاز ذلك كما لو شهد البصير علي الميت
الجواب ان الشهادة لا تجوز الا علي خصم واذا شهد لميت او علي ميت فلا بد ان يقول
هذا وصيه وهو معين وذلك يمكن من البصير ولا يمكن من الاعمي فافترقا واما المملوك
فلا تقبل شهادته وذلك لقوله تعالي ممن ترضون من الشهدا والعبد ليس بمرضي في الغالب
ولان الشهادة فيها ضرب من الولاية الا تري انها توجب حقا علي غيره بقوله والعبد ليس
من اهل الولاية فلم يكن من اهل الشهادة **قال** ولا المحدود في قذف وان تاب
وقد بينا ذلك **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده وذلك لان مال الولد قد جعل في حكم مال الوالد بالاخبار المشهورة فكانه شهد
لنفسه وذكر الخصاف في ادب القاضي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لا تقبل شهادة
الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج للمراة ولا العبد لسيده ولا
المولي لعبده ولا الاجير لمن استاجره واذا ثبت هذا في الوالد والولد ثبت في ولد الولد وفي
الاجداد لان اسم الاولاد والابا يتناولهم وقد قال داود تقبل الشهادة في جميع ذلك
قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل لنا ما ذكر الخصاف

عن النبي عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الشريك لشريكه ولا شهادة
الزوجة لزوجها ولا شهادة الزوج لزوجته ولا شهادة مثل ذلك ولان بينهما سببا يوجب
التوارث في جميع الاحوال فلا يجوز شهادة احدهما للاخر كالولد والوالد فان قيل بينهما سبب
لا يوجب العتق اذا ملكه فلا يمنع قبول الشهادة وكابن العم قيل له هذا الاعتبار يبطل بالعبد
مع سيده وينكسر بالمولى مع مكاتبه ثم المعنى في الاصل ان تلك القرابة لم تجعل بمنزلة قرابة
كاملة بدليل انها لا توجب التوارث في جميع الاحوال وهاهنا بخلافه **قال** ولا شهادة
المولى لعبده ولا لمكاتبه وذلك لما روينا في الخبر انه قال ولا المولى لعبده ولا العبد لمولاه ولانه
لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا يكون فان لم يكن عليه دين فما يحصل له لمولاه فكانه
شهد لنفسه وان كان عليه دين فما يحصل له موقوف عليه وعلى مولاه فصار في شهادته
منفعة لنفسه فلم يقبل وكذلك مال المكاتب موقوف عليه فله في الشهادة للمكاتب منفعة
لنفسه فلم تقبل للتهمة **قال** ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لما روي في
الخبر الذي ذكره الخصاف انه قال ولا شهادة الشريك لشريكه ولان ما يحصل بشهادته
له فيه جزو فكانه يشهد لنفسه واما اذا شهد له فيما ليس من شركتهما فهو جايز لانه لا شبهة
له فيه فزالت التهمة **قال** وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم وهو عام الا ما خصه الدليل واجماع المسلمين على ذلك **قال** ولا تقبل
شهادة مخنث ولا نايحة ولا مغنية وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن
الصوتين الاحمقين النايحة والمغنية ولان من لا يمتنع من ذلك حيا من الناس لا يومن ان يرتكب
الشهادة بما لا اصل له فصار تهمة فمنع واما المخنث فانما يريد بذلك من يتصنع ويتشبه بالنسا
وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم من التشبه بالنسا فاذا ارتكب ذلك مع وجود النهي لم
يومن ان يرتكب الشهادة بالزور فلم تقبل شهادته **قال** ولا مدمن الشرب على اللهو وذلك
لان هذا النوع محرم على كل وجه فاذا فعله فسق فلم تقبل شهادته فاما من ادمن الشرب
على غير لهو ولم يسكر وهو يعتقد تحليله فشهادته جايزة لما لم يوجد منه ما يوجب الفسق
ولا ترك المروة **قال** ولا من يلعب بالطيور لانه فعل مستخف يوجب اسقاط المروة
فاذا احسن عنده ارتكابه لم يومن ان يرتكب الشهادة بما لا اصل له **قال** ولا من يغني
للناس لان ذلك يسقط المروة **قال** ولا من ياتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد لان من

فعل

من فعل ذلك يفسق وتسقط عدالته والفاسق لا تقبل شهادته **قال** ولا من يدخل الحمام بغير
ازار او ياكل الربا لان كشف العورة محرم وكذلك اكل الربا فاذا ارتكب ذلك فسق فلا تقبل شهادته
قال والمقامر بالنرد والشطرنج لانه اذا قامر بها فسق لان القمار محرم وكذلك ان لم يقامر بها
ولكن ادمن عليها حتى يترك الصلاة فاما اذا لم يقامر بها ولا ترك الصلاة بلعبها فشهادته جايزة
لان اللعب بها في نفسها ليس بفسق وهذا مما يسوغ فيه الاجتهاد وانما الفسق بمعنى اخر وهو القمار
او ترك الصلاة فان لم يوجد ذلك لم يمنع الشهادة **قال** ولا من يفعل الافعال المستخفة كالبول
على الطريق والاكل على الطريق لان ذلك يسقط المروة فاذا استحسن ارتكابه لم يومن في غيره
من الشهادة بالزور وان كان ممنوعا منه **قال** ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف
لان ذلك فسق او هو من فعل السفها وشهادة من هو بهذه الصفة لا تقبل فاما ان كان يعتقد
ذلك ولا يظهره وهو عدل في افعاله فان شهادته تقبل **قال** وتقبل شهادة اهل الاهوا
الا الخطابية وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم والتابعين قبل بعضهم شهادة بعض مع اختلا
وقد قال محمد في الخوارج ما لم يخرجوا الى قتال اهل العدل فشهادتهم جايزة لانهم لم يظهروا
من انفسهم الفسق وانما اعتقدوه فاذا قاتلوا فقد اظهروا الفسق فلم تقبل شهادتهم
وقول صاحب الكتاب اهل الاهوا اراد بهم الخوارج وغيرهم لان ما اعتقدوه انما اخذوا به
على طريق التشديد في الدين وذلك لا يمنع قبول الشهادة لان من هذه صفته لا يقدم على الكذب
لا سيما اذا اعتقد ان الكذب شرك فيكون ابعد من التهمة واما قولهم الا الخطابية فهم قوم
ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم
ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وكانوا يعتقدون ان من ادعى منهم شيا
على غيره يحب ان يشهد له بقية شيعته بذلك **قال** وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وهو قول شريح والشعبي وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب
ويحيى بن سعيد قال الطحاوي عن يحيى بن عمر انه قال سمعت يحيى بن اكثم يقول
ما وجدت عن احد من المتقدمين ان شهادة النصارى بعضهم على بعض لا يجوز الا ربيعة
وقال مالك والشافعي لا يجوز لنا ان حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة
اربعة من اليهود على اليهود بين في الزنا ورجمهما ولانه عدل في دينه فجاز ان تقبل شهادته
كالمسلم ولان من جاز ان تثبت له الولاية على غيره جاز ان تقبل شهادته عليه اصله المسلم

فان قيل من لا يقبل شهادته على المسلم لاجل التهمة الا ترون لا تقبل على الكافر اصله الفاسق
قيل له انما لا يقبل شهادته على المسلم لاجل التهمة الا ترون انهم يستحلون دمانا واموالنا
ولا تلحقهم تهمة في حق ملتهم وليس اذا لم تقبل الشهادة مع وجود التهمة يجب ان لا يقبلها مع
عدمها يبين ذلك ان الفاسق لما حصلت التهمة فيه في حق المسلم والكافر لم تقبل شهادته في
حقهما فان قيل لو كان المانع من قبول الشهادة على المسلم كالتهمة التي ذكرتموها وجب ان لا
تقبل شهادة اليهود على النصارى ولا النصارى على اليهود لان بعضهم يستحل دم بعض
فالتهمة موجودة قيل له وان كان كذلك الا ان الكل يجمعهم الذمة وادا لا لنا لهم وعداوتنا
لهم وذلك يقتضي اجتماعهم على استحلالهم لاموالنا ويصير ذلك سببا الى التالف والمعاملة
وهذا ينفي التهمة قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي وذلك لان اختلاف الدارين
تقطع العصمة والموالاة كما تقطع اختلاف الملتين فكما لا تقبل شهادة المسلم على الكافر ولا الكافر على المسلم
فكذلك لا تقبل شهادة اهل دارنا عليهم ولا شهادتهم على اهل دارنا قال وان كانت الحسنات
اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكباير قبلت شهادته وان الم بمعصية وقد روي عن ابي يوسف
انه قال في الرجل اذا كان الغالب على افعاله الخير وانما تندر منها الصغاير ولم يوجد منه الكباير
قبلت شهادته لان احدا لا يمكنه الامتناع عن الذنوب الا الانبيا عليهم السلام وهذا صحيح لانا
لو لم تقبل الا شهادة من لا ذنب له تعذر وجود ذلك فيودي الى بطلان ما ندب الله تعالى اليه
من استشهاد العدول ومن يرضى من الشهدا فاذا كان كذلك اعتبر من كان الغالب على
اكثر افعاله الخير واجتنب الكباير قال وتقبل شهادة الاقلف والخصي وولد الزنا
اما شهادة الاقلف فلظاهر الاي والاخبار وقد روي عن ابن عباس لا تقبل شهادة الاقلف
ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته وهذا انما اراد به المجوسي بدليل ان ترك الختان لا يمنع جواز
الذبيحة والمسلم ايضا اذا ترك الختان استخفافا بالدين لم تقبل شهادته لانه من السنن الظاهرة
واما الخصي فقد روي ان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون
ولانه مظلوم بقطع ذلك منه فصار كمن قطعت يده واما ولد الزنا فلقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم ولان فسق ابويه باكثر من كفرهم وكفرهم لا يوثر في منع قبول شهادته كذلك
فسقهم وقد قال مالك لا تقبل شهادته في الزنا للتهمة الا ترى انه يوثر ان يكون جميع الناس
مثله وهذا غير صحيح لان من كان عدلا في دينه كان لا يختار ذلك قال وشهادة الخنثى

لانه لا يخلو اما ان يكون رجلا او امراة واي ذلك كان فقد دل النص على جواز شهادته وقبولها
قال واذا وافقت الشهادة الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل والاصل في ذلك ان البينة
التي تقوم على حقوق الادميين لا تقبل الا بدعوى لانها حق له وحقوق الانسان تقف على مطالبته
او مطالبة من يقوم مقامه واذا خالفت الشهادة الدعوى فلا مدعي لها فلم تقبل والمعتبر في ذلك اتفاق
الدعوى والشهادة من طريق المعنى لا من طريق اللفظ يبين ذلك ان المدعي يقول ادعي كذا والشاهد
يقول اشهد بكذا فيختلف اللفظ ويتفق المعنى فكل موضع امكن ان يوافق بين الدعوى والشهادة
قبلت وان لم يمكن ان يوافق بينهما بطلت قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة وقال ابو يوسف ومحمد
يحكم له بالف وهو قول الشافعي وزاد فقال ان اراد الالف الاخر حلف وكانت له وجه قول
ابي حنيفة ان لفظ الالفين لا يعبر به عن الالف وكل واحد منهما شاهد بجمله فلم يشهد بها الاخر
فلا يثبت واحد منهما كما لو شهد احدهما بالف دينار والاخر بالف درهم فان قيل عندنا انه
لو اقر بهما في مجلس واحد ثبت الاقرار بهما فاذا شهد بكل واحد منهما شاهد وجب ان يثبت
الاقل كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية قيل له المعنى في الاصل انهما اتفقا على لفظ
الالف وانفرد احدهما بعدد اخر عطفه عليه فيقبل ما اتفقا عليه وفي مسالتنا كل واحد منهما
شهد بعدد غير الاخر وانما يتفقان في المعنى لا في اللفظ فصار كما لو شهد احدهما بماية درهم والاخر
بعشرة دنانير واما قول الشافعي ان اراد المدعي الالف الاخر حلف واخذ فهو مبني على جواز
القضا بالشاهد واليمين فعند اصحابنا لا يجوز وعند الشافعي يجوز في الاموال خاصة لنا
قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فخص الحكم
برجلين او برجل وامراتين عند عدم الرجلين وتخصيص الحكم بالمذكور يدل على نفي ما عداه
ولقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه والالف واللام للجنس فيقتضي
ان لا يكون بينة الا في جهة المدعي ولا يمين الا في جهة المدعى عليه وهذا ينفي ان يكون شيا
من الايمان في جهة المدعي ولقوله عليه السلام شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك ولانه
مدعى لا يقضى فيه بالشاهد واليمين اصله الحد ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق به المال
وان انضم اليه شهادة شاهد اصله دعواه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قضى بالشاهد واليمين وروي قضى بشاهد ويمين الطالب قيل له قال يحيى بن معين

وعلي بن المديني لا يصح خبر عن رسول الله صلي الله عليه وسلم في القضا بالشاهد واليمين وهولا
وجوه اصحاب الحديث فوجب الرجوع الي قولهم وقد ذكر محمد في كتاب الرد علي اهل المدينة
قال قال الزهري وهو شيخ اهل المدينة وفقيههم واهل المدينه لا ينكرون له ذلك ان القضا
بالشاهد واليمين بدعة اول من قضي به معاوية ولو صح هذا الخبر لم يقبل فيه مثل هذا علي انه
خبر واحد يخالف ظاهر القران فلا يجوز قبوله وقد طعن في روايته ولو ثبت احتمل ان يكون المراد
قضي بالشاهد مرة وباليمين اخري ليبين ان الطريق الذي يثبت به الحقوق هذان طريقان
واما الذي روي انه قضا بالشاهد ويمين الطالب فلا يصح ايضا علي انا لا نعلم انه قضي بذلك في قضيه
واحدة فيحتمل ان يكون ذلك مخصوصا وعندنا يجوز مثل ذلك في موضع مخصوص وهو ما اذا اشتري
جارية فوجد بها عيبا لا يطلع عليه الا النسا فشهدت به امراة واحدة فانه يثبت ثم يحلف البايع
لقد بعت وسلمت وما بها هذا العيب او نقر البايع بان العيب كان بها الا ان المشتري قد رضي به
فيحلف المشتري بالله ما رضي بهذا العيب ثم تفسخ فيكون هذا قضي بشاهد واحد ويمين
الطالب فان قيل احد المتداعيين فجاز ان يثبت اليمين في جهته كالمدعا عليه قيل له نقول
بموجبه في الوصي اذا ادعي رد المال علي اليتيم او هلاكه وكذلك المودع اذا ادعي هلاك
الوديعة ثم المدعي عليه لما ثبت اليمين في جهته لم يستحق بها شيا وانما دفع بها دعوي المدعي فكذلك
ههنا يجب ان لا يستحق بها المال وعندهم يستحق المال ثم اليمين لما ثبتت في جهة المدعا
عليه تعلق الحكم بها من غير اعتبار شي اخر ينضم اليها فلو ثبتت في جهة المدعي وجب
ان لا يتعلق الحكم بها من غير اعتبار ومن ذلك الامين اذا ادعي هلاك الوديعه **قال**
وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الفا وخمسماية قبلت
وذلك لانهما قد اتفقا علي الشهادة لفظا ومعني واستانف احدهما ذكر خمسماية اخري
فلا يقدح ذلك في شهادته بالالف كما لو شهد بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما فان
شهادته لا تبطل كذلك هذا وقد قالوا لو ادعي علي رجل الف درهم فشهد له شاهدان
بالف وخمسماية فان قال المدعي قد صدقا كان عليه ذلك فابراته من خمسماية او
قضانيها صحت الشهادة علي الالف لانه يمكن ان يكون الامر علي ما قال والشهادة
يمكن حملها علي الصحة ما امكن وان قال لم يكن لي عليه قط غير الالف لم تقبل الشهادة
لانه اكذب شهوده فيما شهدوا به ولا تصح الشهادة مع الاكذاب **قال** وان شهدا

بالف

بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية قبلت شهادته بالالف ولم يسمع قوله انه قضاه منها خمسماية
الا ان يشهد معه الاخر هذا هو المشهور وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية وجه ان الشهادة
علي الالف صحيحة والشهادة علي القضا شهادة مبتداة انفرد بها احد الشاهدين فوجب القضا
بما اتفقا عليه كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية وجه قول ابي يوسف ان الذي
شهد بالقضا في مضمون شهادته ان لا دين عليه الا خمسماية فلا يجوز ان يثبت شهادته اكثر من
ذلك ولو شهد له شاهدان بالف وقال احدهما انه قضاه فالمشهور عند اصحابنا انه يقضي
بجميع الالف وعن زفر ان شهادة من شهد بالقضا باطلة وعن ابي يوسف مثله وجه قولهم
المشهور ما بيناه انهما اتفقا علي الالف وشهد الاخر بشهادة مبتداة فوجب القضا بما اتفقا
عليه كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية وجه قول زفر ان المشهود له قد اكذب
شهادته بالقضا فلم تقبل شهادته كما لو اعترف بفسقه قيل له شهادته بالقضا شهادة اخري
واكذابه في احدي الشهادتين لا يوثر في الاخري كما لو شهد له بالف وشهد عليه بدين فاكذبه فيما
شهد به عليه فانه لا يمنع قبول شهادته له ولا يشبه اكذابهما الاقرار بفسقهما لان
اكذابهما لا يتضمن الفسق لجواز ان يكون غلطا او نسيا **قال** وينبغي للشاهد اذا علم ذلك
ان لا يشهد بالالف حتي يقر المدعي انه قبض خمسماية وذلك لانه لا يخلوا اما ان يشهد له بخمسماية
وذلك لا يجوز لانه يودي الي اختلاف لفظ الشهادتين فلا تقبل الشهادة ويبطل حق صاحب
الحق او يشهد بجميع الالف ويشهد بالقضا وذلك ايضا لا يجوز لان المال يثبت ولا يقبل
قوله في القضا فيودي الي ان يشهد بما ليس بحق فلم يبق الا ان لا يشهد حتي يقر المدعي بما قبض ليكون
ذلك **قال** واذا شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتل يوم النحر
بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين وذلك لانا نتيقن كذب احداهما وليست
واحدة منهما باولي من الاخري فلم تقبل الشهادتين جميعا **قال** فان سبقت احداهما فقضي
بها ثم حضرت الاخري لم تقبل وذلك لان الاولي لما حضرت وحدها لم نقطع بكذبها وكل بينة لم نقطع
بكذبها جاز قبولها فاذا قبلها الحاكم وقضي بها ثم حضرت الاخري لم يحكم بها لان الحكم بها ليس في الحكم
بالاولي والاولي قد حكمنا بصحتها في الظاهر لما حكمنا بها ولم نتيقن كذبها بحضور الاخري فبقي الحكم
بحاله **قال** ولا يسمع القاضي الشهادة علي جرح ولا يحكم بذلك وقال الشافعي يسمع عليه
البينة ويحكم بها والدليل علي انه لا يسمع عليه البينة ان الحكام من وقت النبي صلي الله عليه وسلم

الي يومنا يسالون عن الشهود في السر ويكشفون بالاخبار عن حالهم ولا يسمعون عليه البينة
ولولا انهم عرفوا من الشريعة ان البينة لا تسمع علي ذلك لطلبوها كما يفعلون في ساير الحقوق
ولان القاضي مامور بالستر علي المسلمين وفي قبول البينة علي ذلك هتك حرمتهم ولانه
لو جاز سماع البينة علي ذلك لاعتبر مدعا عليه واعتبر لفظ الشهادة كما تعتبر في ساير الحقوق
فلما لم يعتبر ذلك دل علي ان البينة لا تسمع علي ذلك واما الدليل علي انه لا يحكم به هو ان المقصود
بالحكم التوثق وليس للحاكم ان يتوثق في اثبات الفسق ولان الحكم بذلك لا فايدة فيه الا تري
انه اذا حكم عليه امكنه ابطال ذلك الحكم بالتوبة في الحال فلا معني للحكم بما يمكن المحكوم عليه
ابطاله في الحال ولان الفسق لا يمكن الوصول الي معرفته الا من طريق الاجتهاد فاذا
حكم بعدالته ثم تبين انه فاسق فقد انتقل من اجتهاد الي اجتهاد فلا يجوز ان يفسخ ما مضي من
اجتهاده الاول وما حصل في الحال يمكن المحكوم عليه ابطاله فلا فايدة في الحكم به فان قيل
معني يمنع من قبول الشهادة فجاز الحكم به وقبول البينة عليه اصله الكفر والرق قيل
له المعني في ذلك انه يمكن الوصول الي حقيقته فاذا حكم به فليس باجتهاد وانما هو حكم متيقن
به ففيه فايدة **قال** ولا يجوز للشاهدان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره من يثق
وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا تجوز الشهادة وجه القياس ان الشهادة ماخوذة
من المشاهدة ولان النبي صلي الله عليه وسلم قال لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد
والا فدع فما اعتبر للمعاينة الا انهم استحسنوا في هذه الاشيا لانه لا طريق الي معرفتها في
الغالب الا الخبر الا تري انهم يشهدون علي نسب علي بن ابي طالب رضوان الله عليه
وعلي نسب غيره من السلف رضي الله عنهم وعلي ان عايشه رضي الله عنها زوجة النبي صلي الله
عليه وسلم وانه كان قد دخل بها ولم يشاهدوا ذلك ولان العادة لم تجر ان الناس يحضرون
الولادة وانما يرون الصبي يتبع امه وينسب الي الاب فيقال ابن فلان ولذلك لا يحضرون
عند الموت وانما يحضرون الاقارب فاذا راوا الجنازة والدفن علموا ان فلانا قد مات
وكذلك عقد النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا قد تزوج فيعتمد
علي ذلك في معرفته والمهر تابع للنكاح والدخول ايضا لا يحضره الشهود وانما يعرف
بامارته وكذلك ولاية القاضي لم تجر العادة ان يحضرها الناس ولكن اذا قري عهد القاضي

وجلس

وجلس مجلس الحكام ونظر بين الخصوم علموا انه قاض فلما لم يكن الي معرفة هذه الاشيا الا بهذا الطريق
وسع من حصل له ذلك ان يشهد به وان لم يعاينه وقد ذكر في الاصل انه اذا سمع ذلك من واحد يثق به جاز
ان يشهد به وقد ذكر لبشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يشهد حتي يسمع من جماعة وعن ابي يوسف
حتي يسمع من عدلين قال الخصاف لا يسعه ان يشهد حتي يسمع ذلك من العامة ويظهر ذلك فاذا
تتابعت به الاخبار ووقع في قلبه تصديق ذلك وسعه ان يشهد وقد قال ابو حنيفة لو سمعت
رجلا يقول انا ابن فلان لم يسعك ان تشهد بنسبه وان طال مقامه معك حتي يسمع من العامة
وجه قول ابي حنيفة انما يشهد به الانسان اما ان يعلمه او يشهد به علي شهادة غيره
فاعتبران يقع له العلم بما يشهد به كالشهادة بالبيع وجه قول رواية الاصل ان ما جاز نقله
بالاخبار من غير ذكر شهادة لا تفتقر الي عدد كاخبار الرسول صلي الله عليه وسلم وجه
قول ابي يوسف ان شهادة العدلين تتعلق بها حكم بدلالة ان الحاكم يجوز ان يرجع اليها فجاز
له الشهادة لاجل ذلك والواحد بخلافه وقد قال ابو حنيفة ومحمد لا تجوز الشهادة
بالولا الا ان يسمع العتق وهكذا ذكر في الاصل وفي رواية ابي حفص وهو قول ابي يوسف
الاول ثم رجع وقال اذا اشتهر ولاء علي ولا مشهور جاز وهو احدي الروايتين عن محمد
وجه قول ابي حنيفة ان في اثبات الولا اثبات العتق لانه من احكامه ويتعلق به وبصحته
والعتق لا يثبت بالخبر المستفيض كذلك ما يتعلق به من الولا وليس كذلك النسب لان
النسب يتعلق بالفراش والفراش يصح ثبوته من جهة الاستفاضة وجه قول ابي يوسف
انه اذا اشتهر مثل قولهم عكرمة مولي ابن عباس جاز ان يشهد به لانه قد صار بمنزلة النسب
وقد دل علي ذلك قوله عليه السلام مولي القوم من انفسهم وقال صلي الله عليه وسلم الولا
لحمة كلحمة النسب وهذا انما يكون اذا كان المشهود بولاية له ابوان او ثلاثة فاما اذا كان
المشهود بولاية رجل بعينه لم يسمع لما فيه من اثبات العتق ولا يجوز الشهادة بالوقف
علي الاستفاضة وقال ما لا يجوز وهذا احد قولي الشافعي لنا انه ازالة ملك لا الي مالك
فلا يقبل فيه الشهادة بالاستفاضة اصله العتق فان قيل الوقف يتعذر الشهادة به اذا
تقادم العهد ومات الشهود فوجب الرجوع الي الخبر قيل له وان تقادم العهد الا انه
في يد انسان فيرجع الي قول من هو في يده ويمكن الاشهاد علي الشهود فيثبت حينيذ
بالشهادة علي الشهادة فلهذا لم يقبل الخبر فيه وقد قال اصحابنا لا يجوز الشهادة بالملك

بالاستفاضة وقال الشافعي يجوز لنا انه ملك فلا يثبت بالشهادة بالاستفاضة كالدين ولا
الشهادة بالاستفاضة انما لا يجوز بالبيع والشرا لانه يمكن مشاهدته ومعرفته لا يتعذر
ذلك في العادة وهذا المعنى موجود في الملك وهو مشاهدة اليد والتصرف فان قيل الملك لا يمكن
معرفة حقيقته فوجب الرجوع الى الخبر قيل له ولكن معرفة اليد والتصرف يمكن معرفة
حقيقة وهي التي تدل على الملك فوجب اعتبار المشاهدة لانها لا تتعذر فسقط اعتبار الخبر
وقد ذكر في الجامع الصغير عن ابي حنيفة اذا رايت في يدك سوى العبد والامة يسعني ان
اشهد بذلك وقال ابو يوسف لا تشهد على ذلك حتى تقع معرفته في قلبك وذكر الخصاف
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا كانت الدار او الدابة او العبد في يدي رجل وسعك ان تشهد
ان ذلك له في ملكه وان لم تكن رايته قبل ذلك وكان اصحابنا يقولون نعتبر اليد والتصرف
اما اعتبار اليد فلان الظاهر ان ما في يد الانسان له كان الظاهر انما اشتراه او ورثه
له والمرجع في الاملاك الى الظاهر فاذا حصل جاز ان تشهد به وجه ما ذكره اصحابنا المتاخرون
ان التصرف هو الذي يدل على الملك فاما الامساك فقد يكون له وقد يكون لغيره ويجوز
ان يجعل سببا في اثبات الملك واما ابو يوسف فانه اعتبر عليه الظن ويجب ان يكون هذا
قول الجميع لان ظهور اليد يجوز ان يدل على الملك وعلى غيره فمتى استدل به
على غيره لم يجز ان يشهد والذي فرق في الجامع بين العبد وغيره فان العبد الكبير
لا يد عليه والذي ذكره الخصاف محمول على العبد الصغير قال والشهادة على
الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا الذي ذكره استحسان والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة عبادة لزمت شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له
انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والشهادة لا تصح على العبادة ولان شاهد
الاصل انما قبلت شهادته لانه ينقل الحق الذي على المشهود عليه الى القاضي عند
المطالبة وشاهد الفرع ينقل ما ليس بحق فلا يقبل الا انهم تركوا القياس للاجماع
وقد روي عن علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين وهذا لا يعلم
الا بالتوقيف قال ولا يقبل في الحدود والقصاص وقال الشافعي تقبل في
القصاص وحد القذف وفي بقية الحدود قولان لنا انها قايمة مقام الغير بدلا
فيها الحدود والقصاص كالكتابة وشهادة النسا ولان القياس يمنع جواز الشهادة

على الشهادة لان الخصومة عبادة وجبت على شاهد الاصل والعبادات لا يجوز الاشهاد عليها
كالصلاة والصوم وانما تركوا القياس للاجماع والاجماع حصل فيما سوى الحدود والقصاص
والباقي على اصل القياس فان قيل ما يثبت بالشهادة يثبت بالشهادة على الشهادة اصله
الديون قيل له الديون يجوز اثباتها بالكتابة فجوز بالشهادة على الشهادة والحدود والقصاص
بخلافه وان شيت قلت تقبل شهادة النسا مع الرجال والقصاص بخلافه قال
ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز والقياس ان يكون
شهود الفرع اربعة كل واحد من شاهدي الاصل اثنان لنا ان شهود الفرع ينقلون قول
شهود الاصل وقول اثنين يجوز ان ينقله الى القاضي اثنان كما لو شهد رجلين ولان
الاستحقاق يتعلق بشهادة شهود الاصل وكل قول يتعلق به الاستحقاق يجوز ان ينقله
الى القاضي اثنان اصله الاقرار فان قيل اذا شهدوا على احد شهود الاصل تمت شهادة
شاهد الاصل وقاما مقامه وشاهد الاصل لو حضر وشهد لم يجز ان يشهد على شهادة
غيره كذلك من قام مقامه قيل له اذا حضر شاهد الاصل انما لم تقبل شهادته على غيره
حتى يتم الشهادة لما يودي اليه من اجتماع البدل والمبدل وذلك لا يوجد في مسئلتنا
قال ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن ابي ليلى واحد والاوزاعي
يجوز لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف ولانه ينقل قول الغير الى القاضي فلا يصح بواحد
كالاقرار والمخالف اعتبر ذلك بالاخبار ويجوز عندنا اثبات ذلك برجل وامراتين كساير
الحقوق وقد مضى قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد
الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
وان لم يقل واشهدني على نفسه جاز وهذا صحيح لان قوله اشهد شرط لما بيناه ان الشاهد
لا يجوز له ان يشهد على شهادة غيره الا ان يامره بالاشهاد عليه بخلاف الاقرار وما يثبت
حكمه بنفسه وقوله على شهادتي هو المعنى الذي يقع عليه الشهادة فلا بد من ذكره وقوله
اني اشهد ليعلم ان شاهد الاصل اتى بلفظ الشهادة في شهادته ولولا ذلك لاحتمل ان يكون
شهد بلفظ العلم واليقين فاما قوله بعد ذلك واشهدني على نفسه فلا حاجة اليه لما بينا
ان كل ما ثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهد ان يشهد به وان لم يقل له اشهد وان ذكر ذلك

جاز وكان تاكيدا للشهادة وزيادة في الاحتياط حين وجدت الشهادة بامر الشهود عليه وذكر
الحاكم الخليل رحمه الله انه يقول اشهد واشهدك على شهادتي بكذا وهذا اقرب من الاول
قال ويقول شاهد الفرع اشهد ان فلانا اشهدني على شهادتي بكذا انه يشهد
ان فلانا اشهدني واقر عندي بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك قال الحاكم يقول
عند الادا اشهد ان فلانا شهد عندي واشهدني على شهادته انه شهد بكذا وكذا وذكر
الخصاف انه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات فيقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادة
انه يشهد ان فلانا ابن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان هذا عليه الف
درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا
ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على
شهادته ان فلانا اقر عندي بكذا وما ذكره صاحب الكتاب اولى واحوط لان قوله اشهد لا
بد منه وهو لفظ شهادته ثم يخبر بعد ذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل وقد بينا
ان التحميل ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد فلا بد ان ياتي شاهد الفرع بذكر ذلك وقوله
وقال لي اشهد على شهادتي هو شرط عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان لم يذكر ذلك
جاز وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه اذا لم يقل وقال لي اشهد على شهادتي احتمل ان يكون
امره ان يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته
عملا بالشك وجه قول ابي يوسف ان امر الشاهد يقوله محمول على الصحة ما امكن
وانه لا يكذب وليس ذلك الا ان يحمل على ارادة التحميل فيصح **قال** ولا تقبل
شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل ويغيبوا مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم وذلك لان شهادة
شهود الفرع قايمة مقام شهادة شهود الاصل وبدل عنها والفرع لا يثبت
حكمه مع القدرة على الاصل اصله سائر الابدال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فصار كنقل اقرارهم **قال**
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وذلك لانه اذا كان شاهد الفرع ممن يصح
تزكيته فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره فان قيل شهادة نفسه لا تصح الا بتعديله
فكان متهما فيه قيل له ما يوجب الصحيح شهادته لا يوجب التهمة الا ترى ان ذلك موجود

في تركه

في تركه فسقه وموجود في صلاحه وعدالته فيجب على قولك ان لا تقبل شهادته وكذلك لو شهد
رجلان عند القاضي حتى فعدل احدهما صاحبه جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك
هذا **قال** وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا الذي ذكره قول
ابي يوسف ان شهود الفرع يلزمهم النقل ولا يلزمهم التعديل لان ذلك قد يخفى عليهم فوجب
ان يرجع فيه الى القاضي كما يرجع اليه في تعديل شهود الفرع ولانهم نقلوا قولهم فكانهم حضروا
وشهدوا فيسال القاضي عنهم وجه قول محمد ان نقل الشهادة تحتاج الى ان يعلموا انها شهادة
وذلك لا يكون الا بالعدالة فاذا لم يعرفوا ذلك لم يصح كما لو شهدوا على من لا يعرفون عقله
قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع وذلك لما بيناه
ان الشهادة على الشهادة لا يصح الا بقبول شهود الاصل لشهود الفرع اشهدوا على شهادتنا
فاذا انكروا اصل الشهادة تضمن ذلك عدم الاذن في الاشهاد فيقبل قولهم ولا يصح شهادة
الفرع قال وقال ابو حنيفة في شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقال
ابو يوسف ومحمد نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومن اصحابنا من قال لا خلاف
بينهم في هذه المسئلة لان ابا حنيفة اجاب في الشاهد اذا جا تائبا فانه لا يستحق التعزير
لان المقصود منه الزجر وقد انزجر حين تاب وهما اجابا في الذي لم يتب وذلك يستحق
التعزير لانه اتى منكرا ليس فيه حد مقدر ومن اصحابنا من قال قول ابي حنيفة انه لا يعزر
لان اشهاده في سوقه تعزيره بل هو اشد من الضرب في بعض الناس وقد روي ان شريحا
كان اذا اخذ شاهد الزور بعث به الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه وقت اجتماعهم
بعد صلاة العصر فيقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد
زور فحذروه وحذروا الناس منه فاعتبر ابو يوسف ومحمد التعزير والحبس لنا ما روي ان
عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه وهذا محمول على انه لم يتب
فان قيل فعل فعلا منكرا ليس عليه حد مقدر كما لو شتم الناس قيل له هناك قد الحق
الضرر باعراضهم ولم يرتفع فجاز ان يعزر لاجله وفي مسئلتنا الحق الضرر بالمال
فاذا تاب وضمن المال فقد زال الضرر مع وجود التوبة فلا معنى للعقوبة وقد قال
اصحابنا اذا قال المزكي فلان عدل كفى في التعديل وكذلك اذا قال ما علمت الا الخير
وقال الشافعي لا يقبل حتى يقول عدل علي ولي لنا ما روي ان عمر رضي الله عنه سال

سال رجلا عن رجل فقال لا نعلم الا خيرا فقال حسبك ولان قوله عدل تجمع سائر اسباب العدالة وما ذكروه تقسيم لما يشتمل عليه اللفظ فلا يحتاج اليه كما لا يحتاج الى ذكر غيره من صفات العدالة فان قيل قوله عدل مجمل فيحتاج الى بيان قيل له بل هو مفسر لان العدل من يجب قبول قوله ويسكن الى امانته وقد قال اصحابنا يستحب للمزكي اذا اراد الجرح ان يقول الله اعلم به ولا يبين سبب الجرح فان بين فقال ليس بعدل او هو فاسق كفى ولم يقبل القاضي الشهادة وقال الخصاف اذا عدل القاضي رجلا لم يقبل جرحه مجملا حتى يبين سبب الجرح وقال الشافعي لا يقبل الجرح حتى يبين لنا ان الواجب الستر على المسلمين الا ان المزكي يحتاج الى ترك التعديل لئلا يقضي القاضي بشهادة من ليس بعدل وهذا يكفي فيه الاشارة والكناية وكذلك اذا قال اذا قال هو فاسق فقد صرح بما يقدح في شهادة فان قيل الناس يختلفون في التفسيق فيجوز ان يكون فسقا عند المزكي وليس بفسق عند القاضي ويكون عدلا عند المزكي ولا يكون كذلك عند القاضي قيل له هذا لا يصح لان الامور التي في الشهادة معروفة والواجب حمل امر المزكي على الصحة كما يحمل امره في التعديل وانه لا يحمل القاضي على ما ليس بسبب عنده

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال رحمه الله واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت وذلك لان الشهادة لا يتعلق بها حكم حتى ينضم اليها حكم القاضي فاذا رجعوا قبل الحكم كان وجودها كعدمها **قال** وان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم وقال حماد بن ابي سليمان ان كانت حالة الشهادة احسن مما كانت اولا فسخ حكمه لنا ان الرجوع ليس بشهادة بدليل انه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يفسخ به حكم الحاكم ولانه لما اكذب نفسه صار ذلك مانعا من قبول شهادة اخرى منه كذلك ايضا يمنع من تصديقه على ابطال حق الغير برجوعه وحماد يقول اذا كان حاله احسن مما كان فالظاهر انه صادق فيقبل قوله **قال** ووجب عليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لان شهادتهم سبب في الاتلاف والاتلاف اذا حصل بسبب هو متعد فيه يلزمه به الضمان اصله حافر البير وواضع الحجر **قال** ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم وذلك لان الرجوع وان لم يكن شهادة في نفسه فقد اجري مجرى الشهادة والشهادة عند غير القاضي لا يتعلق بها حكم كذلك ما اجري مجرى الشهادة **قال** واذا شهد شاهدان

بمال

بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وقال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم لنا انهم سبب في الاتلاف على طريق التعدي فجاز ان يلزمهم ضمان المال اصله حافر البير وواضع الحجر ولانهم اذا رجعوا علمنا ان المال سلم الى المقضي له بغير حق وتسليم مال الغير الى غير صاحبه بغير حق يوجب الضمان وقد اجمعنا انه لا يجب الضمان على القاضي ولا على المقضي له فلم يبق الا وجوبه على الشهود ولانهم شهدوا بازالة ملك متقوم فاذا رجعوا ضمنوا كما لو شهدوا بالعتق فان قيل قد اجتمع في هذا الاتلاف السبب والمباشرة فسقط حكم السبب اصله الممسك والقاتل والحافر والدافع قيل له هذا منتقض بشهود القصاص اذا رجعوا على اصلهم وبالمحرم اذا امسك صيدا حتى قتله محرم اخر فان قيل لم يوجد من الشهود الا مجرد القول ومجرد القول في ملك الغير لا يوجب الضمان قيل له يبطل بما اذا شهدوا بالعتق والطلاق ثم رجعوا على ان الشهود وجد من جهتهم ايجاب الملك للغير فيتعلق الضمان بذلك لا بمجرد القول **قال** وان رجع احدهما ضمن النصف لان الشهادة الباقي على الشهادة ثبت بشهادته نصف الحق والاصل في هذا ان اربعة لو شهدوا على رجل بمال فقضي به ثم رجع منهم اثنان لم يلزمهما ضمان لما بقي على الشهادة من يثبت بشهادته جميع المال فكذلك في مسألتنا لما بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المال صار الراجع متلفا للنصف فلزمه ضمانه **قال** وان شهد بالمال ثلاثة ثم رجع احدهم فلا ضمان عليه لما بينا انه قد بقي على الشهادة من تثبت بشهادته جميع الحق فلم يوجد من الراجع اتلاف في الظاهر فلم يلزمه ضمان **قال** فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال وذلك لما بينا ان المعتبر من بقي على الشهادة وقد بقي عليها من تثبت بشهادته نصف الحق فصار النصف متلفا برجوع الراجع وليس احدهما اولى من الاخر فكان الضمان عليهما نصفان فان قيل لو قال الراجع الاول كيف يلزمني الضمان برجوع غيري وفي وقت رجوعي لم يجب علي شي قيل له كما يلزم الضمان جميع الشهود اذا رجعوا وهم ثلاثة وقال واحد منهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان لان ثالثهم لم يسمع قوله كذلك هذا **قال** وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق وان رجعتا ضمنتا نصف الحق على ما بيناه ان المعتبر من بقي على الشهادة فاذا رجعت امراة واحدة فقد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف الحق فيكون المتلف على الراجع **قال** وان شهد

رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمانية منهن فلا ضمان عليهن لانه قد بقي على الشهادة من بقيت
بشهادته جميع الحق فلا معتبر بمن رجع قال فان رجعت اخرى كان على النسوة ربع الحق
لانه قد بقي على الشهادة من بقيت بشهادته ثلثة ارباع الحق فصار المتلف هو الربع فيلزم
من رجع قال فان رجع الرجل والنسا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وجه
قول ابي حنيفة ان الشرع قد جعل كل امراتين بمنزلة رجل فصار النسوة بمنزلة خمسة
رجال ويكون الرجل هو السادس ولو كانوا ستة رجال فرجعوا كان على كل واحد منهم
سدس الحق كذلك هذا وجه قولهما ان جميع النسوة يقمن مقام رجل بدليل انه لا
تقبل شهادتهن وحدهن كما لا تقبل شهادة امراتين واذا كانوا كذلك صاروا بمنزلة رجلين
فيكون على الرجل النصف من الضمان وقد قال اصحابنا لو شهد رجلان وامراة بمال
فقضي به ثم رجع الرجلان كان الضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة لا يجوز
شهادتها فصار وجودها كعدمها وقالوا لو شهد رجل وثلث نسوة فقضي به ثم رجع الرجل
وامراة واحدة لزم الرجل نصف المال ولم تلزم المراة شي من الضمان في قول ابي يوسف
وقد ذكر الشيخ رحمه الله انه ينبغي ان يكون الضمان اثلاثا على قول ابي حنيفة قال
وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهرها ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم
يتلفا عليها بشهادتهما شيا وكذلك لو شهدا باقل من مهرها لان خروج البضع من
ملك المراة لا قيمة له بدليل ان المراة المريضة لو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها لم
يجب لها كال المهر ولا يكون بمنزلة ما لو باعت في مرضها شيا باقل من قيمته قال
وكذلك لو شهدا على رجل بتزويج امراة بمقدار مهر مثلها لان البضع له قيمة في
دخوله في ملك الزوج فقد اخرجا من ملكه بشهادتهما ما ادخلا في ملك الزوج عوضا بازائه
فلم يتلفا عليه شيا فلا يجب الضمان قال وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفا عليه الزيادة حين اخرجاها من ملكه ولم يدخلا بازائها شيا قال
وان شهدا ببيع بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا لانهما لم يخرجا من ملكه شيا الا وقد حصل له
بازائه مثله ولم يتلفوا عليه شيا والضمان انما يجب لاجل الاتلاف قال وان كان باقل
من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا عليه جزوا من المبيع من غير حصول شي في مقابلته

فلزمهم

فلزمهم الضمان قال وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف
المهر وذلك لانهما قررا عليه ضمانا كان يجوز ان يتخلص منه الا ترى ان المراة كان يجوز ان ترتد
او تقبل ابن زوجها فيسقط عنه جميع المهر فلما شهدا عليه بالطلاق قررا عليه ما كان يجوز
ان يتخلص منه فلزمهم الضمان ويجوز ان يقال ايضا ان عندنا الطلاق قبل الدخول
يسقط جميع المهر كهلاك المبيع قبل القبض اسقط جميع الثمن وانما يجب لها نصف المسمى
ابتدا على طريق المتعة فهذا مال التزمه الشاهد ان لم يكن واجبا لها عليه فصار كانهم شهدوا
عليه بمال ثم رجعا فيلزمهم الضمان قال فان كان بعد الدخول لم يضمنا لان شهادتهما
تضمنت خروج البضع من ملكه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له فلم يتلفوا عليه بشهادتهما
ماله قيمة ولا قررا عليه ضمانا كان يجوز ان يتخلص منه فلم يلزمهما شي وقد قال الشافعي
عليهما الضمان ايضا لان منافع البضع متقومة فصار كما لو شهدا بعين قبل له الاعيان متقومة
بانفسها ومن اتلف ما هو متقوم في نفسه ضمن ومنافع البضع بخلافه فلم يلزمهما شي قال
وان شهدا انه اعتق عبدا ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما ازالا ملكه عن رقبته من غير عوض
فلزمهما الضمان لاتلافهما ويكون الولا للمالك لان العتق لا ينتقل اليهما بالضمان لانه مما لا
يلحقه الفسخ قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما
وقال الشافعي يجب القصاص على الشهود لنا ان الشهود تسببوا في القتل والقتل بالتسبب
يتعلق به الدية دون القصاص اصله حفر البير ووضع الحجر ولانهما شاركهما في القتل
من لا قود عليه فلا يلزمهما القصاص اصله الخاطي والعامد فان قيل روي عن علي رضي
الله عنه انه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطع يده ثم اتيا باخر بعد ذلك فقالا وهمنا
انما السارق هذا فقال لهما لا اصدقكما على هذا الاخر واغرمكما دية الاول فلو اني اعلم
انكما تعمدتما ذلك عمدا قطعت ايديكما قيل له هذا احتمل قطعت ايديكما على وجه الحد لما صاروا
عنده ممن يسعى في الارض بالفساد والشهادة وتكررمنهما فان قيل ان الشهود بمنزلة
المكره على القتل والقصاص يتعلق بالمكره قيل له بل هم سبب في الاتلاف نحو لو وضع الحجر
فاذا ثبت لنا انه لا يجب القصاص وجبت الدية لما ذكرنا ورجوعهم شبهة في سقوط القصاص
قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الحكم يتعلق بالادا وذلك حصل من شهود
الفرع فصار الاتلاف موجبا بشهادتهم فلزمهم الضمان قال وان رجع الشهود

الاصل او قالوا لم نشهد شهود الفرع علي شهادتنا فلا ضمان عليهم وهذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون وهي رواية عن ابي حنيفة وجه قولهما ان
شهادة شهود الفرع تجعل شهادة شهود الاصل شهادة فصار شهود الاصل سببا
فلا يلزمهم الضمان كشهود الاحصان ولا يلزم هذا المزكين لانهم جعلوا شهادة الشهود
فصاروا كشهود الفرع في مسلتنا ولان شهود الاصل لم يودوا الي الحاكم الشهادة ولم يوجد
من جهتهم غير التغرير بشهود الفرع وهذا النوع من التغرير لا يتعلق به ضمان وجه قول
محمد ان الحاكم يحكم بشهادة شهود الاصل وشهود الفرع اله في النقل واذا وقع التلف
بشهادتهم لزمهم الضمان بالرجوع واما اذا قالوا لم نشهد شهود الفرع علي شهادتنا فلان
الضمان انما يجب بالرجوع عن الشهادة ولم يوجد ذلك لانهم انكروا التحمل للشهادة فلم يوجد
من جهتهم سبب يوجب الضمان **قال** وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا لانهم
قد اعترفوا بسبب الضمان وانه وجد من جهتهم فلزمهم الضمان وقد قال ابو حنيفة
وابو يوسف اذا رجع شهود الفرع وشهود الاصل جميعا فالضمان علي شهود الفرع
خاصة وقال الخيار الي المشهود عليه يضمن ايهما شا ناعلي المسئلة الاولي **قال**
وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الي ذلك
لان القاضي قد حكم بتلك الشهادة فلا يقبل في فسخ حكمه بدعواهم الكذب علي شهود
الاصل ولا ضمان علي شاهدي الفرع لانهما لم يرجعا عن شهادتهما وانما ادعيا سببا يوجب
الضمان عليهما ولو قال شهود الفرع رجعنا عن شهادتهما وقال شهود الاصل غلطنا
في شهادتنا كان الضمان علي شهود الفرع لانه اجتمع سببان وشهود الفرع اخص الا
تري انهم الذين نقلوا الشهادة الي الحاكم والزموه الحكم بها فصار كالحافر والدافع
قال واذا شهد اربعة بالزنا وشاهدان بالاحصان فرجع شهود الاحصان لم يضمنوا
وقال الشافعي اذا رجع شهود الزنا والاحصان فالضمان عليهم اسداسا وعندنا
لا ضمان علي شهود الاحصان بحال وذلك لانهم لم يشهدوا بما يوجب التلف
ولا جعلوا شهادة شهود الزنا شهادة بعد ان لم تكن شهادة فلم يجز ان يلزمهم الضمان
كما لو شهدوا بشرايط الاحصان قبل الزنا ثم ثبت الزنا فان قيل التلف حصل بشهادة
الجميع لان شهود الزنا لو انفردوا لم يرجم واذا حصل بمجموع شهادتهم وجب

شهادة

الضمان عليهم كسببه شهدوا بالزنا قيل له يبطل بالشهادة علي العتق اذا زنا المعتق فرجم
ثم رجعوا ولان التلف اوجبه الزنا والاحصان ليس بموجب التلف وانما هو سبب
والسبب الذي ليس بملجي اذا اجتمع مع المباشرة تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب
قال واذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا ضمان عليهم وجه قول ابي حنيفة ان شهود التزكية جعلوا شهادة الشهود
شهادة بدليل انه لولا تزكيتهم لم يتعلق بقولهم حكم فوجب ان يتعلق بهم الضمان كما لو شهدوا
انتم ولا يشبه هذا شهود الاحصان لانهم لم جعلوا شهادة شهود الزنا شهادة
علي ما بيناه فان قيل الشهادة لا يتعلق بها حكم حتي يحكم بها القاضي ولا ضمان عليه قيل له الحاكم
لا يجوز ان يلزمه الضمان فيما حكم به والشاهد يجوز ان يلزمه الضمان وجه قولهما ان الحكم
تعلق بقول الشهود الا تري انهم صرحوا بالحق وشهود التزكية لم توجد منهم شهادة بالحق
وانما هو سبب فصار كشهود الدخول في اليمين وكشهود النسب في الميراث فلا يلزمهم
الضمان فالم يوجبوه لشهادتهم **قال** واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود
الشرط ثم رجعوا فالضمان علي شهود اليمين خاصة وذلك لان شهود الدخول
لم يجعلوا شهود اليمين شهادة بدليل ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها
وان لم يشهدوا بالدخول واذا لم يتعلق بشهادتهم صاروا كشهود الاحصان
فلا يلزمهم الضمان وقد قالوا لو شهد شاهدان انه تزوج امراة بالف
درهم فجحد الزوج ذلك ومهر مثلها خمسمائه واخران انه طلقها قبل الدخول
فقضي بذلك ثم رجعوا فعلي شاهدي النكاح مايتين وخمسون وعلي شاهدي الطلاق
كذلك وذلك لان شهود النكاح شهدوا باكثر من مهر المثل فالزموا الزوج خمسمائة
درهم ليس في مقابلتها شي فلزمهما الضمان فلما وقع الطلاق بشهادة الاخرين قبل
الدخول سقط عن الزوج نصف المهر فسقط عن شاهدي النكاح نصف الضمان
واما شهود الطلاق فقد بينا انهم قرروا علي الزوج نصف الصداق مع جواز ان كان
يتخلص منه فلزمهم الضمان الا انه سلم للزوج مايتين وخمسين من جهة شهود النكاح
فسقط ذلك عن شهود الطلاق ولو شهد اخران بالدخول والمسئلة بحالها ثم رجعوا
فعلي شاهدي النكاح خمسمائة وهو الفضل عن مهر المثل وعلي شاهدي الدخول ثلثة

ارباع الخمسماية الاخري وعلي شاهدي الطلاق ربعها لان شاهدي النكاح اتلفا علي الزوج ما زاد علي مهر المثل وعرضاه البضع عن الخمسماية الاخري بعدما اتلفاه وشاهدا الدخول قد انفردا باتلاف مايتين وخمسين لانهما لولم يشهدا الزم شهود الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو مايتان وخمسون فقد قررا علي الزوج جميع المهر وكان يجوز ان يتخلص منه وشاركوا شهود الطلاق في اتلاف مايتين وخمسين لان كل واحد قد قرر عليه ضمان هذه المايتين وخمسين مع جواز ان يتخلص منها فيكون بينهما فلهذا الزمنا ثلثة ارباع الخمسماية

باب ادب القاضي

القضا يعبر به عن امور كثيرة والمراد به في الشرع الالزام قال ابن قتيبة في مشكل القران القضا يعبر به عن معان مختلفه يعود كلها الي معنى واحد والاصل هو الحتم والفراغ من الامر واجري علي هذا جميع ما ذكر في القران من لفظ القران **قال** رحمه الله لا تصح ولاية القاضي حتى يجمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد وذلك لان الشهادة فرع من فروع القضا والقضا ولاية عامة فما اعتبر في الشاهد من الصفات اولي ان يعتبر في القاضي فاما كونه من اهل الاجتهاد فلان النبي صلى الله عليه وسلم لما ولي معاذا القضا قال له بم تحكم قال بكتاب الله تعالي قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رايي ولانه اذا لم يعرف الاجتهاد جاز ان يحكم بخلاف النص وبخلاف الاجماع ومع كونه مجتهدا يومن ذلك وانما لم يذكر معاذ الاجماع حين ساله النبي عليه السلام عن الحكم لانه لم يكن الاجماع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا وذكر الخصاف ما يدل علي جوازه وقال الشافعي لا يجوز ان الدليل علي ما قاله الخصاف ما ذكره احمد بن حنبل ما يدل علي جوازه وقال في مسند علي رضي الله عنه قال ارسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم الي اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الي قوم يكون فيهم احداث ولا علم لي بالقضا فقال ان الله تعالي سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين بعد ذلك فولاه ولم يكن من اهل الاجتهاد ولان المقصود تنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم وذلك يوجد من المظلوم كما يوجد من المجتهد فان قيل من لا يجوز ان يكون مفتيا لا يجوز ان يكون

يكون

يكون قاضيا كالفاسق قيل له لا يجوز ان يفتي برايه ولا يقضي برايه ويجوز ان يفتي بما سمعه من العلما الذين لم يسمع منهم وكذلك يجوز ان يقضي بما سمع منهم ولا يجوز ان يقضي برايه وقد قال اصحابنا يجوز الحكم للمراة بما تقبل شهادتها فيه وقال الشافعي لا يجوز لنا ان المقصود وضع الاحكام مواضعها وانصاف المظلوم من الظالم وفصل التنازع وهذا يوجد من المراة كما يوجد من الرجل ولانها ولاية خاصة فجاز ان تتولاها المراة كالوصية فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما افلح قوم وليتهم امراة قيل له المراد ولاية الامامة ولانه يقتضي المنع من ذلك وولاية الرجل مكروهة وولاية المراة اولي فان قيل لا يجوز ان تقضي في الحدود فكذلك لا يجوز في غيره كالفاسق والاعمى قيل له مثل هذا لا يمتنع الا تري انها لا تقبل شهادتها في الحدود وان جازت في غيرها كذلك القضا **قال** ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه يودي فرضه والاصل في ذلك قوله تعالي يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقوله تعالي لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس ولانه كان صلى الله عليه وسلم يقضي بين الناس وولي اصحابه القضا وبعثهم الي النواحي ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم وهذا امر مستحب بل واجب وكان اكثر السلف يكرهون الدخول في القضا وقد روي في ذلك اخبار منها ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يوتى بالقاضي العادل يوم القيمة ولسانه بين جمرتين حتى يفرغ الله سبحانه من حساب الخلق في يوم كان مقداره خمسين الف سنة وهذا محمول علي من لا يمكنه القيام به ويضعف عنه فيودي الي تضييع الاحكام يبين ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم ولي علي بن ابي طالب رضوان الله عليه القضا ولو كان هذا فيه علي الاطلاق لم يوله ومن روي عنه من السلف كراهة الدخول فيه فيحمل انهم لما امنوا علي انفسهم من الضعف فيه وامتنعوا لكون سلطان الوقت علي غير الحق وقد قال اصحابنا ان القضا فرض علي الكفاية يجب علي كل من يصلح له الدخول فيه ما لم يقم به غيره فان قام به واحد سقط عن الباقين لانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وذلك فرض علي الكفاية **قال** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه او لا يامن علي نفسه الحيف فيه لقوله عليه السلام من ولي القضا فكانما ذبح بغير سكين ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال القضاة ثلثة قاضي في الجنة وقاضيان في النار فالقاضي الذي في الجنة هو الذي يقضي بالعدل واللذان في النار فقاض قضى بالجور فهو في النار وقاض قضى بغير علم

استحيا من ان يسال فهو في النار ويكره لمن يخاف او لا يامن على نفسه الدخول فيه لهذا الوعيد
قال ولا ينبغي ان يطلب الولاية ولا يسالها وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال من
سال القضا وكل الي نفسه ومن اجبر عليه انزل الله عليه ملكا يسدده ولان الطالب للقضا الظاهر
انه يطلبه للدنيا وهو المنفعة وذلك منهي عنه واذا اكره على القضا لا يوجد هذا المعنى فيه **قال**
ومن قلد القضا يتسلم ديوان القاضي الذي قبله وذلك لان ديوان القاضي المقصود منه الحجة
والوثيقة للناس فيجب ان يكون في يد من ينظر في امورهم وقد قالوا ان للقاضي المولى ينفذ برجلين
ثقتين يتسلما الديوان من المعزول وهذا صحيح لان المرجع في ذلك الي قوله وقول الانسان لا يسال الي
القاضي باقل من اثنين **قال** وينظر في حال المحبسين فمن اعترف بحق الزمه اياه ومن انكر لم يسمع
قول المعزول عليه الا ببينة وهذا صحيح لان الانسان لا يحبس لا بحق فالظاهر ان القاضي
المعزول لم يحبسه الا بحق فيجب ان يسال عن ذلك فمن اقر منهم به الزمه اياه باقراره ومن انكر لم
يسمع قول المعزول عليه لانه صار بالعزل كسائر الناس فلا يقبل قوله على غيره بمجرده لانه يدعي
لما فعله من الحبس وانه بحق والمحبوس ينكر ذلك فلا بد من بينة في ذلك ولا يقبل شهادته على فعل نفسه
قال فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه ويستظهر في امره وذلك لانه لا يامن ان
يكون له خصم غايب فكان من الاستظهار ان يتقدم القاضي حتى ينادي في مجلسه ايامًا من كان
يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر فاذا حضر خصم وادعى عليه حقا وهو على
جحوده طلب بينة المدعي واستدى الحكم بينهم ولا يقبل قول المعزول في ذلك وان لم يحضر
خصم استظهر في امره واخذ منه كفيلا بنفسه لجواز ان يكون له خصم غايب فاذا استظهر
واستوثق بذلك خلى سبيله **قال** وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل على ما تقوم
به البينة او يعترف به من هو في يده وذلك لان النظر في هذه الاشيا مردود الي قاضي المسلمين
فاذا ولي لزمه النظر فيعمل على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لانه امين
والقول قول الامين ما لم يكذبه الظاهر **قال** ولا يقبل قول المعزول الا ان يعترف
الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها وذلك لانه اذا اعترف ان
المعزول سلمها اليه فقد اعترف ان يده مستفادة من جهته فيقبل قول المعزول
في مستحقه لان اليد له فكانها في يده فاما اذا لم يعترف صاحب اليد بتسليم المعزول
له اليه فقوله غير مقبول لانه مدعي بغير حجة **قال** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد

وقال

وقال الشافعي يكره القضا في المسجد لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجلس في المسجد
يقضي بين الخصوم وفي مصالح المسلمين وكذلك الايمة بعده وقال الشعبي رايت عمر يقضي في المسجد
وقال الحسن رايت عثمان يقضي في المسجد ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر فلا يكره في المسجد
ولانه لا يكره الاستحلاف فيه فلا يكره ان يعتمد القضا فيه كغير المسجد فان قيل روي عبيد الله
ابن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة له في المسجد فقال ايها الناشد
لا وجدتها ابدا انما بني المساجد لذكر الله والصلاة قيل له انشاد الضالة امر مباح يكون خارج
المسجد والقضا عبادة وقد بين عليه السلام ان المسجد بني للعبادة فذكر بعضها تنبيها على بعض
فان قيل الحكومة يحضرها الجنب والحايض قيل له امور المسلمين محمولة على الصحة وانهم لا يدخلون
المساجد على هذا الحال فان قيل يتعذر على الحايض المحاكمة قيل له يمكن القاضي ان يوخر الحكم
الي حين قيامه او يفوض الامر الي غيره ليقضي بينهما وانما قلنا يجلس جلوسا ظاهرا ليسهل
اليه جميع الناس على وجه واحد من غير حجاب ولا تقديم ولا تاخير **قال** ولا يقبل هدية
الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت العادة قبل القضا بمهاداته والاصل في ذلك ما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم ولي رجلا ببعض النواحي فلما عاد قال هذا لكم وهذا لي اهدي الي
فقال النبي صلى الله عليه وسلم هلا قعد في بيت امه حتى يهدى اليه وروي ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه ولا ابا هريرة موضعا فلما رجع كان معه مال وقال هذا اهدي الي فقال
له عمر هلا قعدت في بيت امك حتى يهدى اليك وعن مسروق اذا اخذ القاضي الهدية
فقد اكل السحت واذا اخذ الرشوه فقد بلغت به الكفر وعن علي رضي الله عنه انه قال
الرشوة في الحكم من السحت وروي انه خطب وبيده قارورة وقال ما اصبت بها منذ دخلت
الا هدية اهداها الي دهقان وهذا يدل على ان الامام والقاضي لا يجوز له اخذ الهدية
لانه عليه السلام افتخر بذلك وهو قوله ما شربت ولا زنيت منذ كذا فاما قبول
الهدية من ذي الرحم فواجب لان فيه صلة الرحم من جرت عادته بمهاداته قبل القضا لا يتهم
فيه فيما ياخذ منه والمنع انما هو لاجل التهمة والمنزل مع احد الخصمين فاذا زالت التهمة لم يمنع
منه وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله الراشي في الحكم والمرتشي وعن
جماعة من السلف رضي الله عنهم السحت هو الرشوة والفرق بين الهدية والرشوة هو ان
الرشوة تدفع بشرط ان يعينه والهدية لا يكون معها شرط **قال** ولا يحضر دعوة

الا ان تكون تامة وذلك لان الدعوة الخاصة في حضورها تهمة والعامة علانية وقد روي عن محمد
ان له ان يحضر الدعوة الخاصة اذا كانت لقرابته كما يجوز له ان يقبل هديته لما فيه من صلة الرحم قال
ويشهد الجنازة ويعود المرضى لانها امور مندوب اليها ولا تهمة ايضا فيها فلا يمنع القضا منها
وقد كان النبي عليه السلام يحضر الجنازة ويعود المرضى وهو حاكم الحكام وقد قال الله تعالى
لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة قال ولا يضيف احد الخصمين دون صاحبه لما يرد
فيه من التهمة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يضيف احد الخصمين فلو انهما
جميعا جاز لزوال التهمة قال فاذا حضراه سوى بينهما في الجلوس والاقبال ولا يسار
احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجته وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا ابتلي
احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين
اكثر مما يرفعه على الاخر ولما روي ان عمر رضي الله عنه كتب لابي موسى كتابا في القضا
قال فيه اسي بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك
ولا ييأس ضعيف من عدلك واما قوله ولا يلقنه حجته لان في ذلك اعانة لاحد الخصمين
وقد ثبت انه منهي عن ذلك وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون
الي وان احدكم الحن بحجته فمن قضيت له بشي من مال اخيه فانما اقضي له بقطعة من النار
فلو جاز للقاضي تلقين الخصوم الحجج لفعل عليه السلام ذلك وسوى بين الخصمين ولم يحتج
الى ذكر الوعيد وقد قال اصحابنا انه لا يجوز للقاضي ان يقضي وهو غضبان ولا جائع
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان ولا يقضي
الا وهو شبعان ريان وعلى هذا جميع ما يشغله عن القضا يجب ان لا يقضي مع وجوده
وقد روي ان شريحا كان اذا غضب قام وترك القضا ولان القاضي يحتاج الى الصبر
والمداراة وحسن الخلق لئلا ينفر الناس عنه وقد امر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم
بهذه الاخلاق في قوله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك الاية والغضب
والجوع يوثر في ذلك فيجب ترك القضا عند وجوده قال فاذا ثبت الحق عنده وطلب
صاحب الحق حبس الغريم لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه وذلك لان الحبس عقوبة
والعقوبة لا تستحق الا بعد ان يوجد من جهته ولم يوجد فاذا امره بدفع ما عليه فمنع
فقد وجد منه الظلم لخصمه فاستحق العقوبة لقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم
قال

قال فان امتنع حبس في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه
بعقد كالمهر والكفالة وهذا الذي ذكره وجه رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك ولا يقبل
قوله في الاعسار وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان بدلا عن مال حصل في يده
خاصة ولا يحبس فيما سوى ذلك والاصل في هذا ان الاصل في الانسان الفقر والغنى
معنى طارئ فوجب استصحاب الاصل حتى يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا عن مال
فقد علم حصول الغنى به فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله فلهذا
لم يصدق في الاعسار وكان امتناعه ظلما فيحبس لاجله واما ما التزمه بعقد فوجه ما
قاله ابن شجاع انها حقوق التزمها بعقد والظاهر انه لم يلتزمها الا وهو قادر على ادائها فاذا
ادعى الاعسار فهو يريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله ويحبس ووجه ما ذكره الخصاف
ان الحبس عقوبة تستحق بالامتناع مع الغنى فلا يجوز اثباتها بالظاهر كسائر العقوبات
قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك الا ان قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا وهذا
الذي ذكره مثل عوض المغصوب وارش الجناية وذلك لان الاصل هو الفقر على ما بيناه
ولا يعلم انتقاله عن الاصل ولا التزمه ايضا بعقد لم يثبت ظلمه فلم يستحق العقوبة بالحبس
فاذا اقامت البينة على ان له مالا ثبت ظلمه وقد قال صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم فاستحق
العقوبة به فيحبس قال ويحبس شهرين او ثلثة ثم يسال عنه وفي رواية الحسن ما بين
اربعة اشهر الى ستة والتقدير في هذا غير معتبر وهو مردود الى راي القاضي والمقصود
بالحبس ان يضجر فيظهر مالا ان كان له وهذا امر يختلف باختلاف الناس فيوقف على
اجتهاد القاضي فيه واما قوله يحبسه ثم يسال عنه فهذا قول ابي حنيفة انه لا يسمع
البينة على الفلس قبل الحبس وقال محمد هكذا اذا اشكل على امره فاذا لم يشكل سالت
عنه ولم احبسه فيجوز ان يقال ان هذا الموضع موضع اتفاق وهو ان يغلب على ظن القاضي
ان الشهود يرجعون الى ظاهر الحال فلا يسمع شهادتهم حتى يكشف امره بالحبس وان غلب
على ظنه انهم عرفوا باطن الحال وانه لا مال له فلا معنى للحبس بعد ذلك وان حملنا المسئلة
على الخلاف فوجه قول ابي حنيفة ان القاضي يقدر على معرفة حاله بالحبس فلا يجوز له الرجوع
الى قول الشهود الذين يشهدون بالظاهر ولان الفلس معنى يسال عنه في السر فلا يسمع
عليه البينة قبل المسالة كالجرح وجه قول محمد ان الافلاس يوجب تاخير الحق فجاز

ان يسمع البينة عليه كالتاجيل قال فان لم يظهر له مال خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمايه
وقد بينا ذلك في كتاب الحجر قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه مال واجب عليه مع اليسار
والاعسار فان امتنع من ادايه حبس كالدين قال ولا يحبس الوالد في دين ولده الا اذا امتنع من الانفاق
عليه وذلك لان الحبس عقوبة والواجب على الولد تعظيم الوالد وتوقيره قال الله تعالى ولا تقل لهما
اف والعقوبة بالحبس اكثر من ذلك فكان اولى بالمنع واما اذا امتنع من الانفاق عليه وذلك
فلا يمكن استدراك النفقة الا بالحبس الا ترى انها تسقط بمضي الزمان بخلاف ساير الديون التي
لا تسقط بمضي الزمان ونظير هذا ما قالوه في المراة اذا امتنعت من الوطي انها تضرب لانه
يفوت بمضي الزمان ولا يمكن استدراكه الا بالضرب قال ويجوز قضا المراة في كل شي الا في
الحدود والقصاص وقد بينا ذلك اما الحدود والقصاص فلا ينفذ قضاوها فيه لان شهادتها
لا تقبل في ذلك والقضا اعم من الشهادة فهو اولى ان لا يجوز قال ويقبل كتاب القاضي الى
القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده والاصل في جواز قبول كتاب القاضي الى القاضي ان
تعلمه القضاة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا من غير نكير ولانه قايم مقام الغير كالشهادة
على الشهادة والحقوق يجوز اثباتها بما قام مقام الغير كالشهادة على الشهادة ولان الضرورة تدعو الى
ذلك الا ترى ان صاحب الحق قد لا يمكنه اثبات حقه مع غيبة من عليه الحق ولا يجوز للقاضي ان
يقضي على غايب وان حضر صاحب الحق عند القاضي الاخر لم يمكنه اثبات حقه مع غيبة بينته
فلا طريق الى اثبات الحق الا بالكتاب فجاز للضرورة قال فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة
وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه
وهذا صحيح لان سماع الشهادة والقضا لا يجوز الا على خصم فان حضر خصمه سمع عليه البينة
وحكم بها وكتب بحكمه الى القاضي فاذا لم يحضر خصم لم يمكنه الحكم على الغايب فيكتب الى القاضي
الاخر بما سمع من الشهادة فيحكم بها وهو بمنزلة تحميل شهود الاصل لشهود الفرع فلا يفتقر
الى حضور خصم قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقد قال
الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة والدليل على ما قلنا ان الخط يشبه الخط فلا يومن ان
يزور عليه فوجب ان يستظهر في ذلك بالشهادة ولان القاضي لو وجد خطه في ديوانه
وتحت ختمه ولم يتذكر لم يجز ان يحكم به فلان لا يحكم بخط الغير اولى واذا ثبت اعتبار
الشهادة قلنا هذا حق لا يسقط بالشبهة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه الا
من

من رجل وامراتين كساير الحقوق قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعلموا ما فيه ثم يختمه
ويسلمه اليهم وذلك لان الشهود لا يمكنهم الشهادة بما في الكتاب الا بعد معرفتهم بما فيه
فلهذا يقروه عليهم ويختمه بحضرتهم ليعرفوا المشهود من غيره قال واذا وصل الى القاضي
لم يقبله الا بحضور الخصم وذلك لان المقصود من قبول الكتاب وسماع الشهادة عليه هو الحكم بما فيه
وسماع البينة لا يجوز الا على خصم ولا يشبه هذا سماع القاضي الكتاب الشهادة انها لا تفتقر
الى حضور خصم لما بينا ان المقصود منها النقل وذلك لا يفتقر الى حضور خصم كتحميل شهود الفرع
شهادة شهود الاصل قال وقد قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب
يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما عليه من الكتاب فاعتبر حضور
الخصم عند الحكم فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه
الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فضه القاضي وقراه علينا وختمه فضه القاضي وقراه
على الخصم والزمه ما فيه اما اعتبار قراية الشهود فهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وابن ابي ليلى اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله وجه قولهما ان الشهادة هي بما في الكتاب
فاذا لم يعرف الشهود المشهود به لم تقبل شهادتهم وجه قول ابي يوسف انهم اذا
شهدوا على الكتاب والختم ثبت انه كتاب القاضي الكاتب فاذا قراه عرف ما فيه واما اعتبار
الختم بحضرة الشهود فلانه لا يامن ان يزاد فيه فلم يجز ان يشهدوا بالشك وهذا اذا لم يحفظوا
ما فيه فان حفظوه فلا معنى للختم وعلى قول ابي يوسف المعتبر تسلم القاضي الكتاب اليهم
مختوما ولا معتبر بما قبل ذلك وقد قال ابو حنيفة ان كان عنوان الكتاب من فلان الى فلان
او من ابن فلان الى ابن فلان لم يقبل الا ان يكون مشهورا باسمه او بكنيته مثل ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يقبل وجه قول ابي حنيفة ان الكتاب ثبت مع غيبة الكاتب فوجب
ان يتميز بما يعرف كالشهادة على الغايب وجه قول ابي يوسف ان الشهود قد عرفوا
الكتاب فاذا قالوا القاضي ببغداد وليس بها الا قاضي واحد صار معلوما فلا يحتاج الى النسب
وقد قال ابو يوسف اذا قبل القاضي الكتاب بمحضر من الخصم وشهد به الشهود نفسه
وقراه ثم غاب المدعى عليه وقال محمد لا يحكم عليه ولكن يكتب به الى قاضي بلد اخر وهذا
فرع على اختلافهم في القاضي اذا سمع البينة على رجل ثم غاب قال ابو يوسف يحكم عليه
وقال محمد لا يحكم عليه وجه قول ابي يوسف ان حضوره يعتبر ليعلم وجود الاقرار

منه اوالانكار وقد علم ذلك وجواز ان يكون له حجة لا يمنع من الحكم لانه مقتدر ان يقيمها بعد ذلك
وجه قول محمد ان صحة الشهادة موقوف على الحكم فاذا اعتبر حضوره في الابتدا فلان يعتبر
حال الحكم اولى واذا ثبت هذا قال ابو يوسف سماع الكتاب يجري مجرى سماع البينه وعلى
قول محمد يعتبر حصول المدعا عليه عند انفاد الحكم كذلك في مسلتنا الا انه يكتب به لما بيناه
من جواز الكتاب بالشهادة مع غيبة المدعا عليه وقد قال اصحابنا اذا مات القاضي الكاتب
او عزل قبل وصول كتابه لم يقبله المكتوب اليه وعن ابي يوسف في الاملا انه يقبله وبه قال
الشافعي وجه قولهم انه وصل اليه كتاب من لا ينفذ حكمه فلا يجوز له قبوله كما لو وصل اليه
كتاب شاهد ولانه معنى لو قارن كتب الكتاب منع من قبوله فاذا طرا عليه قبل وصوله منع اصله
الفسق فان قيل المعول على ثبوت الحق عند القاضي المكتوب اليه على شهادة شهادتي الكتاب
على الكاتب الا ترى ان كتابه لا يحكم به ما لم يشهدوا فصار كموت شهود الاصل مع بقا شهود
الفرع قيل المعول في ثبوت الكتاب اليه على شهادة الشهود ثم الحق يثبت بكتابة القاضي
وخطابه يبين ذلك ان الشهود لا يشهدون باكثر من ان هذا كتاب فلان فصاروا بمنزلة المزكي
والشهود والمعنى يشهدون في الاصل ان شهود الفرع يشهدون بنفس الحق فاعتبر حياة
شهود الاصل وفي مسلتنا لا يشهدون بنفس الحق والكتاب قد خرج من ان يكون كتاب
حكم فلا يجوز ان يحكم بذلك وقد ذكر ابن شجاع ان القاضي الكاتب اذا مات قبل ان يحكم المكتوب
اليه بكتابه لم يحكم به بعد ذلك في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف يحكم به وجه قول
ابي حنيفة ان موت القاضي يوجب عزله فلم يجز الحكم بقوله كما لو عزله الامام وجه قول
ابي يوسف ان قول الكاتب بمنزلة الشهادة فصار كالشاهد اذا مات قبل الحكم بشهادته
وهذا لا يصح لان قول الاول بمنزلة الحكم ولهذا يقبل قوله وحده فيجب ان لا ينفذ قوله وهو
لا يملك الحكم وقد قال اصحابنا اذا مات القاضي المكتوب اليه او عزل وولي غيره
ثم وصل الكتاب اليه لم يجز قبوله والحكم به وقال الشافعي يقبله ويحكم به لنا ان الكتاب
لغيره فلا يجوز قبوله كما لو لم يقبله الاول ولان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة
عند القاضي الا ترى ان كل واحد منهما ينقل الى القاضي ما يحكم به ولو شهد الشهود عند
القاضي ثم عزل لم يجز لاخر ان يحكم بتلك الشهادة ولم يمضيها كذلك الكتاب فان قيل شهادة
يثبت بها كتاب القاضي عند المكتوب اليه فيثبت بها عند غيره اصله الكتاب بالحكم قيل له

لا فرق

لا فرق بينهما لان كتاب الحكم الى قاضي لا يثبت عند اخر وانما يثبت ما في الكتاب اذا شهدوا به وفي
مسلتنا ايضا اذا شهدوا بما في الكتاب ثبت فاما الكتاب بنفسه فلا يثبت به شي عند غير المكتوب
اليه وقد قال اصحابنا اذا كتب من فلان الى قاضي بلد كذا ولم يكتب اسم القاضي ولا اسم ابيه
فينبغي ان يقبل ذلك القاضي الثاني او الوالي في ذلك البلد اذا كان في كتابه ما كتب اليه قاضيا في ذلك
البلد ولانه صار بذلك مكتوبا اليه هذا اذا لم يكن في البلد قاض اخر وكذلك قالوا لو كتب من فلان
الى من وصل اليه كتابي هذا من قضاه المسلمين واشهد على ذلك فيجب لمن ورد عليه ان يقبله اذا
كان تاريخ الكتاب بعد ولاية الذي يصل الكتاب اليه وذكر هذه المسله ابو جعفر الطحاوي في الشروط
الكبير والاوسط من غير خلاف لانه يعتبر بذلك مكتوبا الى كل قاضي فيجوز له قبوله واعتبر
ان يكون واليا يوم كتب الكتاب ليكون مكتوبا اليه وقد قال ابو حنيفه وزفر اذا انكسر
ختم القاضي لم يقبله المكتوب اليه وقال ابو يوسف يقبله وجه قولهما ان كسر الختم يوجب
تهمة فيما شهد به الشهود ويجوز ان يكون زيد فيه فلم يقبل مع التهمة فيما شهد به الشهود
وهذا اذا لم يكن الشهود حفظوا ما فيه وعلى هذا قول ابي يوسف قد وقعت الشهادة على
الكتاب وما فيه بعلم بالقران فلم يوثر كسر الختم فيه قال رحمه الله ولا يقبل كتاب
القاضي في الحدود والقصاص لان الكتاب قايم مقام الغير فلا يقبل في الحدود كالشهادة
على الشهادة قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك لانه
جعل اليه الحكم والفصل بين الخصوم وتولية غيره ذلك لا يتناوله ذلك وهو بمنزلة الوكالة
لان كل واحد منهما يقف على الراي ولو وكله ببيع عبد لم يجز له ان يوكل غيره الا ان يجعل
اليه ذلك كذلك هذا قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف
الكتاب او السنة او الاجماع او يكون قولا لا دليل عليه والاصل في ذلك ما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقضي في الشي الواحد بقضايين ولان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه لم ينقض بالشريك ثم قضى بعد ذلك وقال ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي
ولان الصحابة رضي الله عنهم ولوا من خالفهم في مذاهبهم القضا فلو كان حكمه ينفسخ لم يولوه
ولان ما ليس فيه دليل قاطع فالاجتهاد فيه متعارض فاذا انضم الى احد الاجتهادين حكم
الحاكم قوي فلم ينفسخ باجتهاد اخر واما ما عليه دليل قاطع ولا يسوغ فيه الاجتهاد فحكم
بخلافه فانه ينفسخ وذلك مثل تحريم المتعة ووقوع الطلاق في حال الحيض فاما ما يسوغ

الاجتهاد فيه اذا كان فيه دليل قاطع فان حكم الحاكم ينفسخ فيه كالحكم بما تركت التسمية فيه عمدا لانه يخالف القرآن وليس في مقابلته ما يعارضه فلم يعتد به وقد قال محمد ينفسخ حكم الحاكم بالشاهد واليمين وقال ابو يوسف لا افسخه والاظهر انه ينفسخ لمخالفته القرآن لان الله تعالى امر باستشهاد شاهدين او بشاهد وامراتين وليس في مقابلة ذلك الا خبر ضعيف فاما ما لا دليل عليه فلا يعتد به. **قال** ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز القضا عن الغايب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا فيه ففيه وجهان لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضوان الله عليه حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر ولان البينة حجة لاحد الخصمين فلا يحكم بها مع غيبة الخصم الاخر او من يقوم مقامه اصله اليمين ولانه يجوز ان يحضر فيدلي بحجته تنفي بينة الاخر فمنع ذلك ان يبتدي عليه الحكم اصله اذا حضر في المجلس فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند خذي من مال ابي سفين ما يكفيك وولدك بالمعروف قيل له هذا كان على طريق الفتيا لا على طريق القضا بدليل انه لم يستحلفها انها لم تستوفي النفقة فان قيل تعذر جواب المدعا عليه فصار كما لو سكت قيل له لا نسلم لان فيه ثلث روايات احداها انه يلازم حتى يقر او ينكر والثانية ذكرها الخصاف ان القاضي يسال عن حاله فاذا قيل انه سليم قال ان اجبت والا حكمت عليك بالنكول وذكر في الجامع ان القاضي يسمع البينة عليه فعلى هذا الفرق بينهما ان المعنى في الاصل انا تحققنا عدم الاقرار فجاز القضا عليه وفي مسالتنا بخلافه

قال واذا حكم رجلان رجلا يحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز اذا كان بصفة الحاكم والاصل في جواز التحكيم قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها وحكم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في بني قريظة فلما حكم رضي بحكمه وهذا يدل على جواز التحكيم وكان بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبين ابي بن كعب منازعة في شي فحكما بينهما زيد بن ثابت وحكم عثمان بن عفان وطلحة في حكومة خصومة بينهما جبير بن مطعم فحكم لعثمان رضي الله عنه وانما قلنا انه يجب ان يكون بصفة الحاكم فلانه بمنزلة القاضي في حقهما فاعتبر صفة الحاكم كما يعتبر في الحاكم في حق جميع الناس **قال** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي وذلك لما بينا انه بمنزلة الحاكم في حقهما ومعلوم ان الحاكم في حق

جميع

جميع الناس لا يجوز ان يكون بهذه الصفة فكذلك الحاكم في حقهما **قال** ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليه وذلك لان حكمه موقوف على رضاهما فاذا رجع احدهما قبل تنفيذ الحكم فقد عدم الرضا فصار كعدمه في الابتدا **قال** فاذا حكم لزمهما وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز التحكيم وان حكم لم يلزم لنا ان النبي عليه السلام اجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظة ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم وكراهة بعضهم ولان ما حكم به وقع بتراضيهما فهو بمنزلة عقد عقداه بتراضيهما فلزم ولا يجوز لاحدهما الرجوع فيه فان قيل ما يجوز للحاكم فسخه وابطاله من غير ان يكون مخالفا للنص او للاجماع لا يلزم المتخاصمين اصله حكم الفاسق قيل له هذا يبطل بما اذا تعاقدا عقدا بحريا نه جايز فليس لاحدهما الرجوع فيه وان كان للحاكم فسخه اذا ترافعا اليه وهو يخالف رايه ولان الحاكم انما حكم بينهما بتراضيهما فلا ينفذ على غيرهما اذا لم يكن لهما عليه ولاية والمعنى في الفاسق انه لا يجوز ان يكون قاضيا بتولية الامام كذلك لا يجوز ان يكون قاضيا بينهما بتراضيهما وفي مسالتنا بخلافه **قال** واذا رفع حكم الحاكم الحكم الى القاضي فان وافق مذهبه امضاه وان خالفه ابطله اما اذا وافق فليس له ابطاله لانه لو فسخه لاحتاج الى ان يبتدي الحكم بمثله فلا معنى لفسخه وان خالف فسخه وقال الشافعي على القول الذي يقول يجوز التحكيم ويلزم انه ليس له فسخه كما لا ينفسخ حكم الحاكم لنا انه حكم صدر عن غير ولاية الحكم فلا يلزم القاضي اذا خالف رايه اصله اذا كان الحكم عاميا ولان الحكم لزمهما بالتراضي منهما فلا يلزم ذلك الحاكم وجاز له ابطاله كالمفتي فان قيل من جاز له سماع البينة لم يجز للحاكم فسخ حكمه اصله القاضي قيل له المعنى في الاصل ان ولايته عامة في حق الجميع فنفذ حكمه في حق الجميع وفي مسالتنا ولايته تثبت بتراضيهما فلم يثبت ذلك في حق غيرهما **قال** ولا يجوز التحكيم في النكاح والحدود والقصاص وقال اصحاب الشافعي على القول الذي يجوز فيه التحكيم في النكاح والقذف واللعان والقصاص وجهان لنا انه مما يوثر فيه الشبهة فجاز ان يكون نقصان ولايته شبهة في المنع من جوازه كنقصان شهادة النسا ولان ثبوت الحكم يقف على تراضيهما والتراضي لا يعتبر في وجوب الحد والقصاص فلم يصح التحكيم فان قيل من جاز حكمه في الديون جاز حكمه في الحدود كالحاكم قيل له لا يمتنع ان يختص نفوذ حكمه بما سوى الحدود والقصاص كما اختص شهادة النسا بذلك والمعنى في الاصل ما بيناه من ان ولاية الحاكم عامة في حق جميع الناس فكذلك في جميع الاحكام وههنا بخلافه

قال وان حكماه في دم خطا فقضا بالحكم علي العاقلة لم ينفذ حكمه لما بيناه ان حكمه انما
يلزمهما بالتراضي ويكون حكما في حقهما دون غيرهما ولم يوجد من العاقلة الرضا بحكمه فلم ينفذ
حكمه عليها وقد قالوا لو قضي بالدية في مال القاتل ثم رفع الي القاضي ابطل حكمه لانه مال
يلزم العاقلة وقد بينا ان حكم الحاكم اذا رفع الي القاضي فلم يوافق رايه ابطله فبطل ما حكم به
ويلزم ذلك العاقلة ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وذلك لانا اذا جعلناه الحكم
بتراضيهما بينهما كان له ذلك اذ ليس الحكم غير ذلك وقد دل علي جواز ذلك ايضا ان زيد بن
ثابت حكم باليمين علي عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين حاكم اليه ابي بن كعب ثم قال لابي
تعفي امير المومنين من اليمين فانكر ذلك عمر رضي الله عنه وقال هذا من جورك قال
وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل وذلك لان القضا اعم من الشهادة وقد بينا
ان شهادة الانسان لهولا لا يصح فالقضا اولي وقد قال اصحابنا لا ينبغي ان يولي القضا
الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه
لما بينا ان النبي صلي الله عليه وسلم حين اراد ان يبعث معاذا الي اليمن ساله عن وجوه
القضا وسبر احواله فيها وقد قالوا لا يولي صاحب راي ليس له علم بالفقه لان القول
بالراي والاجتهاد لا يصح الا في الفروع فاذا لم يعرف النصوص والسنن جاز ان يستعمل الراي
والاجتهاد في غير موضعه وكذلك من عرف الحديث ولم يعرف الفقه لا يجوز له القضا
ولا الفتوي لان في الحديث ناسخ ومنسوخ وعام وخاص فلا يامن ان يضع ذلك في غير
موضعه وقد دل علي صحة ذلك قوله صلي الله عليه وسلم رحم الله من سمع مقالتي فوعاها
ثم اداها الي من لم يسمعها فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه الي من هو افقه منه
فاخبر انه صلي الله عليه وسلم انه قد يحفظ الفقه من ليس بفقيه وهو من لا يعرف
معناه ولا يفتي ايضا لقوله تعالي ولا تقف ما ليس لك به علم وقال النبي صلي الله
عليه وسلم ان الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من الناس ولكن يقبض العلما
حتي اذا لم يبق عالم اتخذ الناس روسا جهالا فسيلوا فافتوا بغير علم فضلوا واضلوا
وقد قال ابو حنيفة ما علمه القاضي قبل القضا لا يحكم به وقال ابو يوسف يحكم به
وهو احد قولي الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه تحمل شهادته بدليل انه لا يجوز له ان يحكم
به عقيب علمه فلا يجوز ان يقضي بعد ذلك كالشهادة علي الشهادة ولانه يلحقه فيه تهمة

فلا ينفذ

فلا ينفذ كما لا ينفذ شهادته لنفسه وجه قول ابي يوسف ان المقصود من اقامة البينة علم
القاضي ومعلوم ان بالشهادة يحصل علم الظن ويجوز له الحكم بها فمع العلم اولي قيل له
سماع البينة لما جاز له الحكم بها جاز عقيب سماعها فلو جاز له هاهنا ان يحكم بعلمه جاز ان
يحكم عقيب ذلك فلما لم يجز دل انه بمنزلة التحمل للشهادة واما ما علمه في حال القضا
فله ان يحكم به عند ابي حنيفة وابي يوسف وزفر الا في الحدود والقصاص وكان قول
محمد مثل ذلك ثم رجع فقال لا ينفذ حكمه وهو احد قولي الشافعي وجه قولهما انه لو لم
يقبل قوله لم يجز الاقتصار علي قاض واحد الا تري ان احد الخصمين قد يقر عنده ثم يجحد
فلو لم يقبل قوله احتاج الي قاض اخر فيشهد عنده فلما اقتصروا علي قاض واحد دل
علي جواز قبول قوله كما يقبل في مذهب نفسه فان قيل ان هذا لا يعلم الا من جهته
فلا يصح الحكم به كما لا يصح في الحدود قيل له قوله يقبل في التعديل وان كان لا يعرف
الا من جهته غيره كذلك هذا وهذا هو القياس في الحدود الا انهم تركوا القياس لما روي
عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال لو وجدت رجلا علي حد من حدود الله لم اخذه حتي يكون
معي غيري شاهدا وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه وقد قال ابو حنيفة ان حكم
الحاكم في الباطن كحكمه في الظاهر في تنفيذ العقود به وفسخها وقال ابو يوسف
ومحمد لا ينفذ الا ان يصادف حقيقة الامر في الباطن وبه قال الشافعي وجه قول
ابي حنيفة حديث ابي بكر وعن النبي صلي الله عليه وسلم قال لا يقضي في الشي الواحد
بقضايين وهذا يقتضي انه اذا حكم بصحة عقد بشهادة شاهدين ثم بان انهما
فاسقان او كاذبان لا يجوز له فسخه ولما روي ان رجلا ادعي نكاحا علي امراة
عند علي رضوان الله عليه فجحدته فاقام علي ذلك شاهدين من العشيرة فقضا
عليها فقالت المراة زوجني منه يا امير المومنين فاني لست بزوجة له فقال
علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك وهذا حكم في البضع والاحتياط يعتبر فيه اكثر
مما يعتبر في غيره ولا كلفة عليه ان يقول زوجتكها فلما لم يفعل ذلك علم ان العقد
قد انعقد وثبت حكمه في الباطن ولان حكمه قد ثبت في الظاهر فوجب ان ينفذ في الباطن
اذا لم يتبين خلافه بامر يثبت من طريق الحكم اذا صادف الحقيقة ولا يلزم اذا تبين ان
الشاهدين كانا عبدين لانا قلنا اذا لم يتبين خلافه بامر يثبت من طريق الحكم والرق والكفر

يثبت من طريق الحكم ولان القاضي قضى بالفرقة في موضع جعلت له فيه ولاية فاذا تبين الكذب
بعد ذلك في سبب لم يفسخ حكمه اصله اذا حكم بالفرقة في اللعان ثم اكذب الزوج نفسه
فان قيل حكمه لم يصادف الحقيقة في الباطن فلم ينفذ اصله الحكم بنكاح ذوات المحارم قيل
له المعنى في الاصل انه لم يجعل للقاضي ولاية فيه فلذلك لم ينفذ قضاؤه في الباطن وفي مسئلتنا
قد جعل للقاضي ولاية في ابتدا هذا العقد الا ترى ان له ان يزوج الصغيرة والمجنونة
فاذا شهد الشهود به ثبتت الولاية في الحكم فصادف حكمه موضعا له فيه ولاية فنفذ ظاهرا
وباطنا فان قاسوا على القضا بالاموال قلنا الاموال لم تجعل للقاضي ولاية في نقلها من شخص
الى شخص فلذلك لم ينفذ قضاؤه فيها باطنا والعقود قد جعل له فيها ولاية في ابتدائها فنفذ حكمه فيها

فجاز ان ينفذ حكمه ظاهرا وباطنا

باب القسمة

القسمة حق لازم في الاموال المشتركة اذا طلبها احد الشريكين والدليل على جوازها ان
النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر بين اصحابه وروي ان عليا رضي الله عنه نصب قاسما
يقسم بالاجر وهو فعل المسلمين الى هذا من غير نكير وتقف القسمة على طلب الشريك لان
كل واحد من الشريكين في حال الاشاعة ينتفع بملك صاحبه فكان له منعه من ذلك وبالقسمة
يقع المنع فوقفت عليه وقد قال اصحابنا اذا وقعت القسمة فيما لا يتفاوت
كالمكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت فيما ياخذه كل واحد من الشريكين نوع حقه
في الاصل ولهذا قالوا يجوز ان يبيعه مرابحة واذا وقعت القسمة على ما يتفاوت
كالثياب والعقار فما ياخذه كل واحد من الشريكين فبعضه بحق ملكه وبعضه عوضا عما له
في يد الاخر ومعناه معنى المعاوضة ولا يجوز له ان يبيعه مرابحة **قال** رحمه الله
ينبغي للامام ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال فقد صرف ذلك الى ما هو من مصالحهم
ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين فاذا فعله جاز **قال** فان لم يفعل نصب قاسم
يقسم بالاجر لان القسمة نفع للخصمين فاذا راى الامام ان تكون الاجرة على من تنفع
له ذلك جاز **قال** ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لان القاضي يحتاج
ان يرجع الى قوله في تمييز الحقوق فاعتبر فيه العدالة كالشاهد **قال** ولا يجبر القاضي
الناس على قاسم واحد لان الحق لهم فاذا رضوا بمن يتولاه جاز كالوكالة بالبيع وساير
الحقوق ولان القسمة ان كانت في معنى العقد فعقد الانسان لا يقف على الحاكم

وان كانت

وان كانت في معنى الحكم فلو تراضا الخصمان برجل يحكم بينهما جاز كذلك اذا تراضيا بمن يقسم
بينهما **قال** ولا يترك القسام يشتركون وذلك لان في اشتراكهم اضرارا بالناس وهو
زيادة الاجرة والتحكم عليهم واذا كان مصلحة الناس في ان لا يشتركوا منعهم من الشركة
قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على قدر
الانصبا وجه قول ابي حنيفة ان الاجرة تستحق بالتمييز لا بالذرع بدليل انه لو ذرع ولم يميز
لم يستحق الاجرة وتمييز حق احدهما كتمييز حق الاخر فتساويا في الاجر لما وقع العمل لهما
على وجه سوا فان قيل هذا يؤدي الى ان يستغرق الاجرة نصيب صاحب القليل وهذا
لا يجوز قيل له هذا خارج عن العادة فلا معتبر به ولانه متى زادت الاجرة على قيمة
نصيبه لم يقسم وجه قولهما ان الاجرة في مقابلة العمل الواقع في ملكهما فوجب ان يكون
على قدر الملكين كمن استاجر على نقل طعام مشترك وقد روي الحسن عن ابي حنيفة ان
الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال ابو يوسف عليهما وجه قول ابي حنيفة
ان الطالب للقسمة انما طلبها لمنفعة نفسه والممتنع من القسمة انما يمتنع من ضرر يلحقه
فلا يلزم الاجرة من لا منفعة له وجه قول ابي يوسف ان القاضي يجبرهم على القسمة
وله ولاية في ذلك فصار ذلك بمنزلة القسم في حق الصبي والمجنون **قال** واذا حضر
الشركا عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة ادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها
القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال ابو يوسف
ومحمد يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وجه قول ابي حنيفة
انهم لما اقروا بانه ميراث فقد اقروا على انه على حكم ملك الميت وانما ينتقل اليهم بالقسمة
فلم يجز للقاضي ان يصدقهم في ملك ذلك ولا يعمل بقولهم الا ببينة كما لو حضر منازع ينازعه
في التركة وجه قولهما ان يد الورثة ثابتة على التركة وكل من في يده شي فالظاهر انه له فجاز
القسمة بقولهم كما لو ادعوا الشركة دون الميراث وانما قال يكتب في كتاب القسمة انه
قسمها باعترافهم حتى لا يكون ذلك قضا على الشريك لهم اخر ولا على ما لك لها **قال** وان
كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم وهذا الذي ذكره استحسان
وكان القياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار وجه الاستحسان ان في قسمة العروض حظا
للميت الا ترى انه يحتاج الى الحفظ فاذا قسمها صار ما حصل في يد كل واحد منهم مضمونا عليه

والعقار لا يخاف عليه التلف وهو محفوظ بنفسه فلم تدع الحاجة الي قسمته **قال** وان ادعوا
في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير
انه لا يقسم حتي يقيموا البينة علي الملك وجه الرواية الاولي ان المبيع قبل القبض لبس علي ملك
البايع فلم يبق فيه حق ملك فيقسم بقولهم وجه رواية الجامع انهم اعترفوا بالملك للبايع
وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا بينة كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما ان قسمة
الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به احكام كثيرة منها حلول الدين وعتق امهات
الاولاد والمدبرين وهذه احكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث ولهذا لم يحكم بالميراث
بقوله وليس كذلك الشرا لان الملك يستحق فيه بقول البايع والمدعي الشرا حكى
قول غيره فجاز قبوله في اثبات الملك كما يقبل قول الرسول في الهدية **قال** واذا ادعوا الملك
ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لان من في يده شي فالظاهر انه له فيقبل قوله في القسمة وفي
الرواية الاخري انه لا يقسم حتى يقيموا البينة علي الملك لجواز ان يكون في يدهم والملك لغيرهم
فلم يجز له القسمة مع احتمالهم وانما جعلناه له في الظاهر والظاهر لا يستحق به ملك الغير
فلم يجز له القسمة مع الاحتمال **قال** واذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه قسم
بطلب احدهم لان القسمة حق لكل واحد منهم وله فيه منفعة فاذا طلب احدهم اجبر الاخر
عليها **قال** وان كان احدهم ينتفع والاخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم وقال ابن ابي ليلي لا يقسم في الوجهين اما
اذا كان الطالب للقسمة ينتفع بنصيبه فهو مطالب بحق له ثابت فصحت مطالبته
ولا يعتد باستضرار الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وللانسان ان يمنع غيره من الانتفاع
بملكه وانما اذا طلب القسمة الذي يستضر فلا منفعة له في القسمة واذا لم يكن له فيه منفعة
فلا حق له فيها ومن لا حق له في الشي لا يصح دعواه فيه فلا يقضي له وجه قول ابن ابي ليلى
ان القسمة اذا كان فيها ضرر فليس للقاضي ان يتولاها كما لو اضرت القسمة بهما وهذا
لا يصح لان في مسالتنا صاحب النصيب القليل قد التزم هذا الضرر حتى ملك شيا
يسيرا وما التزمه من الضرر يجوز ان يقضي به علي من التزمه **قال** فان كان كل واحد
منهما يستضر لم يقسمها الا بتراضيهما لان كل واحد منهما لا حق له في المطالبة لما يستضر
واذا لم تصح المطالبة لم يصح القضا فان تراضيا جاز لان القاضي انما لم يقسم مع وجود الضرر

في الظاهر لحقه فاذا رضي جاز ان يكون له منفعة من وجه يعلمها هو فجازت القسمة بالتراضي **قال**
ويقسم العروض اذا كانت من جنس واحد وذلك لان التعديل يمكن فيها اذا كانت من صنف واحد
وهذا هو المقصود من القسمة وهذه الجملة تحتاج الي تفصيل يوضحها ونحن نبين ذلك فالمكيل
والموزون يجوز قسمة قليله وكثيره لان التمييز يحصل في جميع ذلك من غير تفاوت وكذلك تبر
الفضة وتبر الذهب وتبر النحاس وكل صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه ووجود التعديل
في نصيب كل واحد من الشريكين وعلي هذا المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض يقسم بعضه
في بعض لان التعديل ممكن فيه فاما الثياب والغنم والبقر وغير ذلك من الحيوان فيمكن فيه التعديل
ايضا وهو ان يجعل كل اثنين منه بواحد او واحد وبعض واحد بواحد فلما امكن ان يجعل نصيب كل
واحد من الشريكين في ذلك الجنس معدلا جاز ان يقسم بعضه في بعض وقد قالوا الثوب
الواحد لا تستقيم القسمة فيه الا بقطعه وذلك اتلاف جزء منه وفي ذلك ضرر علي المتقاسمين
فلا يجوز للقاضي فعله وان تراضيا لم يفعله القاضي ايضا لما فيه من اتلاف الملك ولكنهما
يقتسمانه ان شاا بانفسهما وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لان الثوبين المختلفين
لا يعدل احدهما بالاخر الا بزيادة دراهم مع الاوكس وادخال الدراهم في القسمة لا يجبر
عليها القاضي لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة
الدراهم لقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح فان تراضيا علي ذلك جاز للقاضي ان يقسم لانه
لا اتلاف في ذلك لما الحمانا فاما الثلاثة اثواب فيستقيم القسمة فيها علي القيمة ثوب بثوبين
او ثوب ونصف ثوب بثوب وذلك جايز وهي قسمة في بعض المشترك دون البعض لان كل
واحد منهما ينفرد بثوب وتبقى الشركة في ثوب وذلك جايز اذا لم يكن غيره وهذا مثل
ان يقسم الضيعة ويترك النهر علي الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض **قال**
ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض وذلك لان القسمة وضعت لتمييز احد الحقين عن الاخر
وليس بين الجنسين اختلاط يميزه القسمة فتكون القسمة في هذا الموضع معاوضة والمعاوضة
لا تجوز الا بالتراضي فاذ تراضوا بالقسمة في الجنسين قسمها القاضي بينهما وعلي هذا
الاواني من الفضة لا يقسم بعضها في بعض لانها صارت بالصنيعة في حكم الجنسين بدليل
اختلاف القيمة وكذلك الاواني من الصفر والرصاص وغيره قد صارت بالصنعة
في حكم الاجناس المختلفة وكذلك القبا والقميص والجبة لا يقسم بعضها في بعض وان

كان اقلها ثوب واحد لما ذكرنا انها صارت في حكم الاجناس المختلفة وقد قال ابو حنيفة لا يقسم
الرقيق ولا الجواهر لتفاوته وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق بعضه في بعض وقد
قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان القسمة وضعت للتعديل والتعديل لا يمكن في الادمي
لانه يظهر من نفسه خلاف ما هو عليه من الصفات فلم يوجد حقيقة القسمة فلم يجز وساير
الحيوان بخلاف ذلك فان قيل فعلى هذا يجب ان لا يقوم المستهلك من العبيد قيل له لما لم
يكن بد من التقويم يقوم والقسمة منها بد فلم يجز ان يثبت من غير تعديل وجه قولهما ان ما جاز
بيعه جازت قسمته اصله الثياب والغنم ولانه جنس واحد كالغنم فاما ما ذكر من الجواهر
فان كان اجناسا لم يقسم بعضه في بعض فان انفرد جنس منها امكن التعديل فيه فجازت
قسمته **قال** ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحا الا بتراضيهما يعني الشركا وذلك لان كل واحد
منهما يستضر بهذه القسمة ومتى كان في القسمة ضرر على كل واحد من المتقاسمين لم يكن
فيها حق لواحد منهما فلا يصح مطالبته بها فلم يلزم القاضي فعله وكذلك الحايط بين الدارين لانه
لان ذلك يكون بنقضه وهو اتلاف لملكهما وذلك لا يجوز وكذلك الحانوت الصغير اذا استضر
كل واحد منهما بقسمته لا يقسمه لما ذكرناه فان تراضوا بالقسمة جازت برضاهما وانما لا يكون
للقاضي ان يجيز واحدا منهما عليها **قال** واذا حضر وارثان فاقاما البينة على الوفاة
وعدد الورثة والدار في يديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
ونصب للغايب وكيلا يقبض نصيبه وذلك لان كل واحد من الورثة قايم مقام الميت
وخصم عنه فاذا حضر اثنان وطالب احدهما الاخر بالقسمة قام المطالب مقام
الميت فجاز ان يقضي عليه كما يقضي على احد الورثة بالدين المدعا على الميت فاما الغايب
فالقاضي قايم مقامه وله ولاية على الصغير فجاز ان ينصب خصما ويقضي بالقسمة
وكذلك ان كان احدهم صغيرا اقسم ونصب عنه وكيلا فاما اذا لم يقيموا البينة
على الوفاة وعدد الورثة فلا يقسم عند ابي حنيفة وقد بيناه فان كان بينهم كبير او صغير
لم يقسم ايضا بناء على ما قدمناه وعند ابي يوسف ومحمد يقسم الملك بينهما ويعزل
نصيب الغايب وحصة الصغير ويشهد انه قسمها باقرارهم ويجعل الغايب والصغير
على حجته **قال** وان كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم لان كل واحد من
الشريكين ليس بخصم عن الاخر والقاضي لا ولاية له على الغايب فلم يجز القضا عليه

من غير

من غير ان يحضر من يقوم مقامه وهذا قولهم من غير خلاف **قال** وان كان العقار
في يد الوارث الغايب لم يقسم وذلك لان القسمة فيها استحقاق يد الغايب وذلك لا يجوز
ولان القاضي يقبل اقرارهم ويقسم بينهم لان الشي في ايديهم فاذا كانت اليد لغيرهم
لم يكن بد من الرجوع الى قول الغايب كما يرجع الى قولهم وعلى هذا اذا كان في يد صغير **قال**
وان حضر وارث واحد لم يقسم وذلك لان القسمة لا تصح الا بين متقاسمين فاذا حضر واحد
فليس له خصم فلم يصح الحكم وليس كذلك اذا حضر اثنان من الورثة لان الطالب للقسمة يقوم
مقام نفسه والاخر يقوم مقام الميت وحق الغايب يثبت على طريق التبع فيصح ذلك
بينهما والواحد لا يصح ان يكون مدعيا ومدعا عليه **قال** واذا كانت الدور مشتركة
في مصر واحد قسمت كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان
كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وجه قول ابي حنيفة ان الدور المختلفة
بمنزلة الاجناس بدليل ان الوكالة لا تصح بشرا دار كما لا تصح بشرا ثوب وتختلف
باختلاف البلاد والحال كاختلاف الاجناس والاجناس لا يقسم بعضها في بعض كذلك
هذا وليس كذلك الدار الواحدة المختلفة البيوت لان في تفريقها ضررا بدليل انها عين
واحدة فهي بمنزلة الثوب الواحد وجه قولهما ان القاضي يفعل ما هو الاصلح مع ايفا
حق كل واحد منهما ولهذا لا يقسم ما يضر بالجماعة وقد تكون القسمة في الجملة انفع فكانت
اولى وقد قال محمد لو كانت احدى الدارين بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احداهما
في الاخرى وقد قالوا في المنزلين المتلاصقين من دار واحدة انه كالشي الواحد ويقسم
بعضه في بعض ولو كانا متفرقين في موضعين من الدار كان بمنزلة الدارين **قال**
وان كانت دار وضيعة ودار وحانوت قسم كل واحدة منهما على حدته لانها اجناس
مختلفة ولا يمكن التعديل فيها الا ان يقسم كل واحد على حدته فاما قسمة بعضه في بعض فهو
معاوضة وذلك لا يجوز الا بالتراضي **قال** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ويعدله
ويذرعه ويقوم البنا ويفرد كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب الاخر تعلق ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم
الثاني وقد روي عن ابي يوسف انه يجب على القاسم ان ينظر هل ينتفع صاحب القليل

بنصيبه في الموضع الذي وقع له فان استقاموا قرع بينهم فان لم يستقم ردا القسمة الى وجه
يستقيم قال ابو حازم هل لا سالت ابا يوسف عن عشرة اجربة بين رجلين لاحدهما تسعة
وللاخر جريب اذا قسمت كل جريب منفرد كان قيمته عشر قيمتها فاذا اجتمع تسعة اجربة
كان قيمتها اكثر من قيمة اعتبارها كيف تقسم قال يقسم لصاحب الجريب قطعة قيمتها تسع قيمة
التسعة الاجربة البواقي قال ابو حازم وهذا صحيح والاصل المعتبر في هذا ان المقصود من
القسمة التميز والتعديل فيجب ان تقسم الدار بالاجزا ان كانت قيمتها متساوية وان كانت
مختلفة عدلت بالدرع ثم يقرع بعد ذلك الذي ذكره ابو حازم غير صحيح لان زيادة
نصيب صاحب الكثير ليس هو لمعنى يعود الى الملك وانما هو لاجتماع ملكه وكثرته والزيادة
لكثرة النصيب لا يجوز ان يضرب بها صاحب القليل فوجب اعتبار الملك حال الانفراد
وقد قال ابو حنيفة القرعة في القياس لا يستقيم ولكن تركنا القياس في ذلك واخذنا
بالاثار والسنة وجه القياس ان القرعة فيها تمليك يتعلق بالخطر الا ترى انما هو يخرج
لكل واحد منهم يملكه وينقطع عنه حق الباقين والقرعة لا يصح في اسقاط الحقوق
وايجاب الملك وجه الاستحسان ان السلف رضي الله عنهم استعملوا القرعة عن القسمة
من غير نكير وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح خيبر جعلها ستة اسهم وضرب
لكل فريق بسهم والقرعة موضوعه لتطييب القلب وازالة التهمة لئلا يظن احدهم ان القا
مال الى خصمه ولو قال بعد القسمة هذا لهذا وهذا للاخر جاز قال ولا تدخل الدراهم
في القسمة الا برضاهم وهذا الذي ذكره صحيح ولو قال بعض الشركا يجعل قيمة
البنا بدرع من الارض وقال بعضهم اجعلها على الدراهم فان القاضي يقسمها على الدرع وذلك
لان الذي يعطي الدراهم يتعجل استيفا زيادة التعصيب من الدار وتكون الدراهم
في ذمته فيجوز ان يسلم لصاحبه ويجوز فلا يجوز للقاضي ان يتعجل ذلك ولان القسمة
من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس
بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز لانه قد لا يمكن القسمة الا بان يعدل بالدراهم
يبين ذلك ان قيمة البنا في احد الخيرين يكثر فلو عدلنا بالعرصة لم يبق لصاحب البنا من
العرصة ما ينتفع به فيعدل بالدراهم حتى ينتفع كل واحد منهما بقطعة من العرصة الا
ان الاولى ان لا يفعل ذلك ما امكن لما بينا ان ذلك يكون بيعا والقاضي يجبر على القسمة

لا على

لا على البيع وقد قال مالك اذا كانت الدراهم كثيرة فسدت القسمة **قال** وان قسم بينهم
ولاحدهم مسيل في ملك الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل
عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر فان لم يمكن فسخ القسمة وهذا مبني على مسئله
وهي اذا اختلف الشركا عند القسمة فقال بعضهم يرفع بيننا طريقا وقال بعضهم لا نرفع
بيننا طريقا فان الحاكم ينظر في ذلك فان كان يستقيم ان يجعل لكل واحد منهما طريقا مستقيما
في نصيبه فانه يقسم بينهم بغير طريق وان كان لا يستقيم رفع بينهما طريقا وذلك لانه اذا
امكن كل واحد منهم ان ينفرد بطريق فالذي يمنع من رفع الطريق يطلب قسمة الجميع والذي
يختار جعل الطريق يريد قسمة البعض والواجب ان يقسم جميع الملك المشترك اذا امكن
قسمته من غير ضرر فاذا لم يمكن فالواجب رفع الطريق بينهم على الشركة لانه لا ينتفع كل واحد
منهم بنصيبه والقسمة لا يصح وقوعها على وجه يضر بالمتقاسمين واذا ثبت هذا قلنا
اذا اقتسموا ولم يبينوا الطريق والمسيل فان قدر كل واحد من المتقاسمين ان يفتح طريقا
ويسيل ماء في ملكه فانه يقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه والقسمة جايزه
لما امكن تمييز حق احدهما في حق الاخر فان كان لا يمكن الطريق والمسيل الا على نصيب شريكه
فان كانا قد شرطا في القسمة ان ما اصاب كل واحد فهو له بحقوقه فان الطريق والمسيل
يترك بحاله في نصيب الاخر فانه لا يمكن صرفه الا بضرر فصار ذلك حقا له في نصيبه
الاخر وقد شرط له في القسمة الحقوق الحقوق وان كان لم يشترط في القسمة الحقوق
فالقسمة باطلة ويستانفها على وجه صحيح وقد قالوا اذا اتفق الشركا عند القسمة على
رفع طريق بينهم واختلفوا في عرضه وطوله فانه يجعل على عرض باب الدار وطوله على
اقل ما يكفيهم وذلك لان الطريق يحتاج للسلك منه الى الدار كما يحتاج الى الباب
لذلك فما زاد على مقدار الباب لا تدعو الحاجة اليه وقد قالوا في المتقاسمين اذا كان
لاحدهما اطراف خشب على حايط صاحبه في قسم شريكه فان كانت مما يمكن ان يجعل
عليها سقف لم يكلف قطعها لانه لما لم يشترط قطعه في القسمة وهو مما ينتفع به صار
كالعلو والروشن وان كان اطراف الخشب لا ينتفع به كلف قطعه لانه اذا لم ينتفع
به فهو ليس من حقوق القسمة فصار صاحبه شاغلا بها نصيب شريكه بغير حق فيومر
بازالته وقد قالوا لو كان في نصيب احدهما شجرة واغصانها مظلة على نصيب الاخر

فان الاغصان تقطع لانه غير مستقر فهو كاطراف الخشب التي لا ينتفع بها ذلك دابن رستم
وروي ابن سماعة في نوادره انها لا تقطع لما فيه من الضرر بالشجرة وقد استحق صاحب
الشجرة الشجرة على وجه لا يستضر به فصار بقا الاغصان حقا على شريكه كاطراف الخشب
وقد قالوا اذا وقع لاحدهما في القسمة مباحة لا بنا فيها ووقع للاخر بنا فاراد صاحب
الساحة ان يبني ساحته ويرفع بناه فقال صاحب البنا تسد علي الريح والشمس فلا ادع لصاحب
الساحة ان يرفع بناه ما بدا له وليس للاخر ان يمنعه لانه ملكه يصنع فيه ما يشاء وهذا قولهم
قالوا ولو اراد ان يصنع في الساحة مخرجا او بيرا او بالوعة او اراد ان يبنيها حماما فليس لصاحب
البنا منعه ولهذا وكذلك ان جعل فيها رحا او قصارا لانه يتصرف في ملكه وان اضر بغيره
الا ترى ان الدكاكين الشارعة في الطريق يستضر اهلها بغبار الركاب والتراب الذي تثيره الدواب
ولا يمنع اهل الطريق من ذلك لانهم يتصرفون في حقهم وان اضر بغيرهم وكذلك ارباب
الحوانيت يوقدون النار فيها فيستضرون بهم مارة الطريق ولا يمنعون من ذلك لانهم يتصرفون
في ملكهم كذلك هذا وعلى هذا لو اتخذ رجل في ملكه مخرجا او بالوعة او بيرا يسقي منها الما
فينز فيها دار جاره فيطلب جاره تحويل ذلك فانه لا يجبر على تحويله لانه ملكه يصنع فيه ما
شا ولو سقط الحايط من ذلك لم يضمن صاحب البير لانه يتصرف في ملكه فليس بمتعد في ذلك
فلا يضمن ما تولد منه ولو فتح صاحب البنا في علوه وفي بنايه بابا او كوة فطلب صاحب
الساحه سد ذلك لم يكن له سده ولكن يبني في ملكه ما يستره من ذلك وكذلك هذا في دار
بين رجلين وذلك لان صاحب البنا لو اراد ان يرفع جميع البنا لم يكن للجار منعه فاذا رفع
منه بابا فقد رفع بعضه فلم يكن له منعه وقد قالوا الكف عن شي يوذي جاره كان احسن
به وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وصاني جبريل عليه السلام
بالجار حتى ظننت انه سيورثه واذا كان سفل لا علو له او علو لا سفل له قوم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك وهذا الذي ذكره قول محمد وقال
ابو حنيفة يحتسب في القسمة كل ذراع من السفل الذي لا علو له بذراعين من العلو
الذي لا سفل له وقال ابو يوسف ذراع من السفل بذراع من العلو قال
اصحابنا انما اجاب ابو حنيفة رضي الله عنه على عادة عرفها بالكوفة من اختيارهم
بلغ مقابلة السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد ووجه قول ابي حنيفة ان السفل له

منفعتان

منفعتان السكنى والحقوق والعلو له منفعة واحدة وهو السكنى دون البنا على اصله ان صاحب
العلو لا يبني الا برضا صاحب السفل فلهذا اجعل الذراع من السفل بذراعين من العلو لتكون
منفعتين بازا منفعتين واما ابو يوسف فقال صاحب العلو له ان يسكن ويبني على اصله
وكذلك صاحب السفل له ان يسكن ويحفر فتساويا في المنفعة وكذلك في الذرع واما محمد
فانه يقول من البلاد ما يفضل العلو على السفل مثل مكة ومن البلاد ما يفضل السفل
على العلو مثل بغداد والكوفة والمقصود تمييز الحقوق وتعديل الانصبا فوجب ان يرجع
الى القيمة وصاحب الكتاب رحمه الله اختار ذلك واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا ذرعت
مائة ذراع من السفل الذي له علو ومائة ذراع من السفل الذي لا علو له حسبتها ستة
وستين ذراعا وثلثين ذراع لان ذراع العلو عنده نصف السفل فيسقط من ذراع السفل
المنفرد الثلث ثم يذرع العلو الذي لا سفل له فاذا كان مائة ذراع حسبته ثلثة وثلثين
ذراعا وثلثا لان العلو المنفرد له منفعة واحدة ولهذا قال في البيت الكامل الذي له
علو ان كل ذراع منه له ثلاثة منافع فيكون بثلثة اذرع من العلو بذراع ونصف
من السفل الذي لا علو له وقال ابو يوسف اذا ذرعت مائة ذراع من السفل الذي
لا علو له جعلتها خمسين ذراعا من السفل والعلو وكذلك العلو المنفرد وقال بشر بن الوليد
كنت انا انظر الى المواضع التي يتفاضل فيها السفل والعلو فاقومها على قدر ذلك وهذا هو
قول محمد وهو الاحسن عندهم قال واذا اختلف المتقاسمان فشهد القاسمان
قبلت شهادتهما وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وبه قال
الشافعي وجه قولهما ان القاسم قايم مقام الحاكم فلا يلزمه خصومة فجازت شهادته
كما يقبل قول الحاكم ولان الشهادة لا تقبل بالذرع وانما تقع بالتمييز وذلك لا يقع بفعله
وانما يقع بخروج القرعة فصارت شهادته بغير فعله وذلك فعله فجازت وجه قول ابي يوسف
ومحمد ان القسمة فعله وشهادة الانسان على فعله لا تجوز ولا تكون شهادة وانما يكون
اقرارا وقد ذكر الطحاوي ان القسمة متى كانت باجرة فانه لا تجوز الشهادة قال
وان ادعى احدهما الغلط وزعم انه اصابه شي في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا
لم يصدق على ذلك الا ببينة وذلك لانه يدعي حق الفسخ في عقد عقده واقر باستيفا حقه فلا
تقبل دعواه الا ببينة فاذا اقام البينة قضي له بتمام حقه وان لم تقم بينة استحلف

الشركا على ذلك كسائر الدعاوي قال وان قال استوفيت حقي ثم اخذت بعضه فالقول
قول الخصم مع يمينه وذلك لانه يدعي على شريكه الغصب فيكون القول قول
الشريك مع يمينه الا ان يقوم للمدعي البينة قال وان قال اصابني الى موضع كذا
فلم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة وذلك
لانه اختلاف في المعقود عليه فصار كاختلاف في قدر المبيع فان قامت لاحدهما بينة اخذ
بها كما قلنا في البيع وقد قالوا لو اقتسما دارا واخذ كل واحد منهما طايفة ثم ادعى احدهما
بيتا في يد الاخر وقال هذا مما اصابني وكذبه الاخر فعليه البينة فان اقاما البينة
اخذ ببينة المدعي لانه قد اجتمع بينة الخارج وصاحب اليد ولو اقتسم رجلان مايه
شاة فاصاب واحد منهما خمسة وخمسون واصاب الاخر خمس واربعون ثم ادعى صاحب
الاوكس انه غلط في القسمة وقال اخطانا في تقويمها فان القسمة لا تعاد ولا تقبل منه
في ذلك بينة لان القسمة تختلف باختلاف الاجتهاد والاوقات فاذا مضى على القسمة
وقت لم تقبل البينة بعد ذلك لجواز ان تكون القيمة اختلفت ولو قال اخطانا في العدد
وهذه الخمسة غلط وكانت مني وقال الاخر قد اقتسما على هذا ولا بينة بينهما والغنم قايمة
بعينها تحالفا وترادا واذا اقتسم الرجلان دارين فاخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى احدهما
الغلط واقام البينة قضي له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وفي قياس قول ابي حنيفة القسمة
فاسدة وهو فرع على اختلافهم في بيع اذرع من دار قال ابو حنيفة لا يصح فلو لم تنقض القسمة
ارجع باذرع الدار الاخرى وتمليك ذراع من دار لا يجوز ولان عنده الداران لا يقسم احدهما
في الاخرى الا بالتراضي وهو في معنى البيع فلا يصح على هذا وعلى قول ابي يوسف ومحمد القسمة
فيها معنى البيع بدليل ان القاضي لا يقسمها الا اذا كان الاصلح ذلك فليست قسمة محضة
واذا صارت في معنى البيع لم تنقض بالغلط ووجب استيفا الزيادة من الدار الاخرى
وذلك عندهما لا يفسد البيع لان بيع ذراع من دار جايز ولا يشبه الدار الواحدة
لان الغلط في الذرع فيها يوجب الرجوع باذرع من احد النصيبين فتبقى الشركة كما كانت
وليس فيها معنى البيع فوجب ان تنقض ويستانف على الوجه الجايز على قول ابي حنيفة
قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تنفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع
بحصة ذلك من نصيب شريكه وقال ابو يوسف تنفسخ القسمة وجه قول ابي حنيفة
وهو

وهو قول محمد ان التفسير فيها معنى البيع ومعلوم ان المتبايعين اذا استحق بعض نصيب
احدهما كان بالخيار ان شا اخذ الباقي ورجع بحصته وان شا فسخ البيع كذلك القسمة ولان
الاستحقاق اذا حصل في نصيب احدهما بعينه فيثبت للمستحق عليه بعض ما في يد الاخر
فكان الدار قسمت ابتدا كذلك وتجوز القسمة بان ياخذ احدهما بعض حقه بعينه وبقي
باقيه مع حصة شريكه فاذا جاز ابتدا القسمة على هذا جاز حال البقا وجه قول ابي يوسف
ان الاستحقاق يبين به انه كان لهما شريك ثالث واذا كانت الدار بين ثلاثة فاقتسمها
اثنان منهم لم يصح كذلك هذا ولان الاستحقاق يودي الى الاشاعة في نصيب الاخر
فصار كما لو كان لهما شريك ثالث والجواب ان الشريك الثالث يثبت حقه في جميع
الدار فلم تصح القسمة من دونه وليس كذلك حال البقا ومثال هذه المسلة ان يقتسما
اثلاثا فياخذ صاحب الثلث من مقدمها وقيمته ستمايه وياخذ الاخر الثلثين من موخرها
وقيمته ستمايه ثم يستحق ما في يد صاحب المقدم فانه يرجع على صاحب الموخر عند ابي
حنيفة بربع ما في يده وقيمة ذلك مايه وخمسون وعلى هذا لو اقتسما مايه شاة بينهما
فاخذ احدهما اربعين شاة تساوي خمسمايه واخذ الاخر ستين شاة تساوي خمسمايه
فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين
في قولهم لانا بينا انهما كان لهما شريك ثالث فنقض على قول ابي يوسف وعلى قول
يضرب صاحب الاربعين في الستين بخمسة دراهم وصاحب الستين باربع مايه
وخمسة وتسعين لانا بينا ان ما لهما كان الفا الا عشرة وقد حصل لصاحب الاربعين
اربعمايه وتسعين فكان يستحق خمسة وتسعين فقد بقي له خمسة دراهم وقد قال
اصحابنا ان المهاياة في المنافع المشتركة عقد جايز اذا طلب احد الشريكين وقال
الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذه
مهاياة ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في العقود فجاز وقوع القسمة
فيه كالاعيان فان قيل المهاياة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهي اجارة والاجارة
لا يجبر عليها القاضي قيل له هذا ينتقض بالاعيان فان قسمتها في معنى البيع ولا يجوز
الاكراه على البيع فان قيل تمييز وليس ببيع قيل له كذلك ههنا هو تمييز لحق كل واحد منهما
وليس باجارة فان طلب احدهما المهاياة وطلب الاخر قسمة الاصل فهو اولى لان

القسمة هي الاصل والمهاياة تثبت بدلا عنها واذا كانت دارا بين رجلين فتهايا على ان ياخذ
كل واحد منهما طايفة منها يسكنها جاز لان قسمة الاصل يجوز كذلك وكذلك المهاياه ولو شرط
كل واحد منهما ان يشتغل ما اصابه بالمهاياة جاز لان قسمة المنافع فقد ملك كل واحد منهما
ما حصل له فله ان ياخذ عوضه وعلى هذا الداران والثلاثة وهذا ظاهر على قولهما
لجواز القسمة في الدارين وعلى اصل ابي حنيفة لا يجوز كما لا يجوز القسمه في الاعيان كذلك
ولو كانت دار واحدة صغيرة فتهايا على ان يسكن هذا شهرا وهذا شهرا جاز لانه
لا يمكن الا بتقديم منفعة احدهما على الاخر فجاز ويكون في معنى العارية لان قسمة الاصل
لا تجوز على هذا الوجه والمهاياة معتبرة بقسمة الاصل ولو كان بينهما نخل او شجر فتهايا
على ان ياخذ كل واحد منهما طايفة ليستثمرها لم تجز ذلك لان المهاياة يختص بالمنافع فلو
جوزنا في مسئلتنا استحق بها الاعيان وذلك لا يصح قال من كتاب الشرب
قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس شركا في ثلاث الما والكلا والنار وهذا يقتضي ان
يكون الما ما دام على اصل خلقته مشتركا وسوا كان في الانهار او الابار او العيون
ولا يكون صاحب النهر والعين احق به من غيره فاذا جازه باناء او وعا صار ملكه
وكان اخص به من غيره وجاز له بيعه وان اتلفه متلف ضمنه بالاجماع الا ترى ان
الناس يبيعون الما في الظروف والقرب الى يومنا هذا من غير نكير وكذلك الكلا على اصل
الاباحة وهو الحشيش الذي ينبت من غير ان ينبته احد فان قطعه قاطع واحرزه ملكه
وصار اخص به وجاز بيعه كما قلنا في الما والمراد بالشركة في النار الاشتراك في ضوها
فاما الجمر فهو ملك لصاحبه لا يجوز لاحد اخذه منه الا باذنه والنار هو اللهب
الذي فيه وهذه الشركه التي ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم انما هي شركه اباحة
لا شركه املاك لانه غير مملوك في الاصل وانما معناها ثبوت حق كل واحد منهم
فيما يبتدي اخذه فيه واذا ثبت هذا قلنا ما كان من الما في الانهار العظام التي هي لجماعة
المسلمين مثل الدجله والفرات فليس لاحد من الناس ان يمنع احدا من السقي منها
للسقه ولا غيرها ولا يجوز لمن احيا ارضا على هذه الانهار ان يشق لها نهرا من هذه
الانهار العظام ان كان لا يضر بالنهر فان اضر فلكل واحد منهم منعه من ذلك وذلك
لان الانهار العظام لجماعة المسلمين لا يختص احد بها كالشوارع التي لا يختص بها احد

فجاز

فجاز لكل واحد منهم ان ينتفع بها من غير اضرار بغيره كما له ان يختار في الطريق ويجلس فيه
فاذا اضر جلوسه بالناس كان لكل واحد منعه من ذلك واما النهر الخاص والعين والبير
فلصاحبها ان يمنع غيره من سقي زرعه منها ولا يمنعه من الشرب والاصل في ذلك ان النبي
صلى الله عليه وسلم جعل للبير حريما حتى لا يحفر احد الى جنبها بيرا اخرى فيضر بها فلو
جوزنا لكل واحد ان يسقي زرعه كان ذلك اضر من حفر البير الى جانبها فلذلك لم يجز وليس كذلك
الشرب لانه قدر لا يقطع صاحب البير عنها ولا يضر بسقيها فان اذن لبعض الناس في
السقي جاز لان المنع لحقه فاذا رضي فقد اسقط حقه ولا يجوز ان يبيع شرب يوم او اكثر
لانه ان باع الما فقد باع ما لا يملكه وباع ايضا مجهولا فلم يصح وان باع حق السقي فالحقوق
لا يجوز بيعها لان العقد انما ينعقد على عين ولم يوجد ذلك فان استاجر الشرب وشرط
شرب هذه الارض لم يجز ايضا لان الاجارة انما يصح على المنافع والشرب يقصد منه
الما وهو عين فلا يصح ان يستحق بعقد هذه الاجارة ومن اشترى ارضا مع الشرب
جاز وكذلك اذا استاجرها مع الشرب لان العقد يقع على الارض والشرب تبع
وقد يستحق بالعقد على وجه التبع ما لا يجوز ان يفرد بالعقد اصله اعضا العبد ولو استاجر
مسيلا او اشتراه لم يصح لان الشرا يقع على حق المسيل والحقوق لا يجوز بيعها والاجارة
تقع على منافع البقعه التي يسيل فيها الما وذلك مجهول فلا يصح واذا اشترى الرجل
ارضا فليس له شربها ولا مسيل مادها ولانه عقد على الارض والمسيل والشرب
غير الارض فلا يدخل في اطلاق العقد كارض اخرى وان اشترط ذلك دخل في البيع
على طريق التبع ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لان ذلك من حقوقها
ولذلك اذا اشترط مرافقها دخل في البيع وكذلك اذا شرط كل قليل وكثير هو لها فيها
ومنها لان معنى ذلك من حقوقها وانما حذف المضاف اليه واذا استاجر ارضا
فليس له شرب ولا مسيل في القياس لان العقد وقع على الارض والشرب والمسيل خارج
عنها فلا بد من تسميته والاستحسان ان يكون له لان المقصود بعقد الاجارة الانتفاع
بها ولهذا لا يصح اجارة ما لا ينتفع به ولا يمكن الانتفاع بالارض للزراعة الا بالشرب
والمسيل فدخلا من غير تسمية واذا كان نهر بين قوم لهم عليه ارضون لا يعرفون
كيف كان اصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا في الشرب فالشرب بينهم

علي قدر اراضيهم لكل واحد بحصته وذلك لان النهر انما يراد لسقي الارضين فاذا اختلفوا
ولا دلالة لواحد منهم علي الاخر في التفضيل والمساواة وجب ان يسقط ذلك ويبسط
علي قدر اراضيهم فان قيل قد تساووا في ثبوت اليد عليه يوجب ان يتساووا فيه قيل له
ايديهم انما يثبت في الارضين وسقيها وهي مختلفه فاختلفت الايدي ايضا باختلافها ولا
يشبه هذا الطريق اذا كانت بين جماعه ودار احدهم اوسع من دور الباقين انه لا يستحق
بذلك زيادة في الطريق لان الاستطراق الي الدار الكبيرة مثل الاستطراق الى
الدار الصغيرة فتساويا في الانتفاع وفي ثبوت اليد وليس كذلك الارضون لان قدر
ما يسقي الارض الكبيرة مخالف لمقدار ما يسقي الارض الصغيرة فلذلك اختلفا فان
كان الاعلي منهم لا يشرب ارضه حتى يسد النهر عن الاسفل ولكن يشرب بحصته وذلك
لان صاحب السفل في النهر حق صاحب العلو فاذا سكن الماء قطعه عن الاسفل في تلك
المدة وليس له ذلك وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اهل اسفل
الوادي امرا علي اعلاه اذا بلغ الما الي الكعبين وذلك لانه اذا بلغ هذا المقدار امكن
ان يجري اليهم فيكون لاهل الاسفل منع اهل الاعلا من سكره عن اراضيهم فاذا رضي جماعتهم
بسده حتى يشرب جاز لان المنع لحقهم فاذا رضوا سقط حقهم فلو اراد احد الشركا
ان يحفر منه نهرا لم يكن له قبل ذلك لم يجز الا ان يرضي شركاوه لانه يريد ان يثبت
لنفسه حقا لم يكن فلا يجوز كما لا يجوز ان يفتح من الطريق المشترك طريقا لملك يختص به
وكذلك لم يكن له ان يبني علي النهر رحا اذا كان موضع البنا لجماعتهم لانه يودي الي ان ينفرد
بمنفعه تلك البقعة مع الشركة وذلك لا يجوز فان كان موضع الرحا في ملكه ولم يضر ذلك
بالنهر ولا بالما جاز لان الما اذا كان يجري علي سننه من غير نقصان فلم يسقط بذلك
حقا لشركايه الا ترى انه لا فرق بين ان يسيل الما علي الرحا او علي غيره ولذلك الانتفاع
علي وجه لا يضر بشركايه وقد قال ابو يوسف لو اراد ان يجعل في ملكه رحا ويحفر
نهرا من هذا النهر ليدير الما في الرحا ثم يعود الي النهر من غير ان يضر بالنهر والما
قال ليس له ذلك لانه عدل بالما عن سننه فلا يكون له ذلك كما لا يكون له لو اراد ان
يعدل بالنهر الي ملكه ثم يعيده الي النهر واذا اراد هولا القوم ان يكروا هذا النهر
قال ابو حنيفة عليهم جميعا من اوله الي اخره بيان ذلك ان النهر اذا كان بين

عشرة لكل واحد ارض عليه فان الكرا من فوهة النهر الي ان يجاوز شرب اولهم بينهم علي عشرة
اسهم كل واحد سهم فاذا جاوز شرب الاول خرج من الكرا وكان الكرا بعد ذلك علي الباقين
بينهم علي تسعة اسهم فاذا جاوز شرب الثاني سقط عنه النفقة وكان الكرا بعد ذلك
علي الباقين علي ثمانية اسهم علي هذا الترتيب وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد النفقه بينهم علي عشرة اسهم من اول النهر الي اخره وجه قول ابي حنيفة ان
فوهة النهر مشتركه بين جماعتهم لا يتوصل احدهم الى شربه الا بحفرها فكانت النفقه
بينهم بالسوية فاذا جاوز شرب الاول فلا حق له في حفر ما بعد ارضه فلا يجوز ان يلزمه
ويجب علي من بعده وجه قولهما ان لصاحب الارض العليا منفعة في حفر اخر النهر كما ان
لصاحب السفل منفعة في حفر اعلاه الا ترى ان الما اذا لم يجر من مسيله الي اخر النهر
افسد اوله وانطم فاذا كان له شارك في النفقة الجواب ان حقه فيما بعد ارضه انما
هو لمسيل فضل مايه والنفقة لا تجب علي المسيل اذا كان في ملك غيره وان انتفع
به الا ترى ان من له مسيلا علي سطح جاره لم يكن عليه عمارة السطح وانما يجب ذلك علي
صاحب السطح خاصة كذلك في مسالتنا وسيل ابو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم
قريب من الفرات اذا دخل مرو وكان ماوه يقسم بين اهلها بالحصص لكل قوم كوي معروفه واتخذ
رجل ارضا هي موات ولم يكن لها من ذلك النهر شرب ثم حفر لها نهرا فوق مرو من
موضع ليس يملكه احد ولم يكن النهر في ملك احد قال فان كان النهر يضر باهل مرو
ضررا بينا في مايهم فليس له ذلك ويمنعه السلطان وان لم يضر بهم فهو له وهذا صحيح
لان النهر الذي ليس بمملوك هو لجماعة المسلمين فاذا اراد احدهم الانتفاع به ولم
يلحق به ضرر جاز له وان اضر لم يجز قيل له فان كان لرجل منهم كوا معروفه اله ان يزيد
قال فان كانت الكوا في النهر الاعظم وزاد ذلك في ملكه وكان ذلك لا يضر باهل
النهر فله ذلك لان حق الانتفاع بالنهر العظيم لا يتخصص الا ترى ان من لا شرب له اذا
استخرج منه شيا لا يضر باهله جاز فمن له شرب اذا زاد في شربه ولم يضر بغيره
اولى وسيل عن نهر خاص لقوم ياخذ من هذا النهر الاعظم له كوا مسماة بين قوم
لكل واحد منهم في هذا النهر كوا مسماة اراد ان يزيد فيها كوا قال ليس له ذلك وان
كان لا يضر باهل النهر وذلك لان هذا النهر مملوك فليس لاحد ان يستوفي منه زيادة

على حقه وان لم يضر بشركائه كما ليس له في الطريق الخاص ان يستطرق فيه الى ملك اخر وان لم يضر
بهم وليس لاحد من اهل هذا النهر ان يعمل عليه جسرا ولا قنطرة الا برضاهم لان حق جوانب
النهر مشتركة وسيل عن نهر بين رجلين لهما فيه اربع كوا فاضاف اليها رجل اجنبي كوتين اخريين
من اسفل النهر او حفر فيه نهرا الى ارضه برضاهم فاقاموا زمانا على ذلك ثم بدا لاحدهم
ان ينقض ذلك فله ان ينقضه لانها اعارة موضع النهر فلكل واحد منهما ان يرجع في عاريته
وليس لشريكه ان يغيره بغير رضاه مع الشركة

كتاب الاكراه

الاكراه معنى يفعله الانسان بغيره ويزول معه الرضا وله تاثير في تغيير
الاحكام في بعض الاحوال فاعتبر بعض اصحابنا ذلك بالهزل فقالوا ما اثر فيه الهزل
اثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه كالنكاح والطلاق واعتبر
بعضهم بشرط الخيار فقال ما اثر فيه شرط الخيار اثر فيه الاكراه وما لا يؤثر
فيه شرط الخيار لا يؤثر فيه الاكراه قال لان الاكراه يمنع الرضا كالخيار المانع من
الرضا قال رحمه الله الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به
سلطانا كان او لصا وذلك لما بينا ان الاكراه هو ما منع من الرضا وهذا يكون اذا
خاف من حصول ما توعد به ففعل ما اكره عليه من غير اختيار فاذا كان الذي توعده
غير قادر على ايقاع الفعل به لم يحصل الخوف فلم يعلم انه فعله من غير اختيار ورضا
فلا يثبت بتوعده حكم وقد قال اصحابنا ان الاكراه معتبر فيه اربع شرائط صفة
المكره وهو ان يكون قادرا على ايقاع ما توعد به ولهذا يستوي فيه السلطان وغيره
وقد بينا ذلك وصفة المكره وهو ان يغلب على ظنه انه لا يفعل به لم يكن مكرها وصفة
ما توعد به فتارة يتوعد بالقتل وتارة باتلاف عضو او بالضرب العظيم او القيد
او الحبس وذلك يختلف بحسب ما اكره عليه ونحن نبينه في التفصيل وصفة ما اكره
على ايقاعه فتارة يكون لحق الله تعالى وتارة يكون لحق المكره وتارة يكون لحق الادمي اخر
قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شرا سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر
داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار
ان شا امضى البيع وان شا فسخه ويرجع بالمبيع وذلك لان هذه العقود تختلف بالجد
والهزل ويؤثر فيها عدم الرضا وكذلك الاقرار بالمال الا ترى ان المقر والمقر له

لو

لو اتفقا على انهما كانا هازلين لم يلزم الاقرار والاكراه له جميع ما ذكر ينفي الرضا فصح الاكراه
ولم ينفذ شي من ذلك ويكون موقوفا على اجازته وان شا امضاه وان شا فسخه واسترجع ما دفع
وعلى هذا كل تمليك يلحقه الفسخ كالهبة والعارية والاجارة وغير ذلك ولو قالوا له لنضربنك
سوطا او لنحبسنك يوما وهو لا يخاف اكثر من ذلك فليس هذا باكراه وهو بمنزلة قولهم
لنشتمنك قال محمد وليس في هذا وقت ولكن ما يحصل به الضرر البين والاغتمام البين
هو اكراه والاصل في ذلك اعتبار ما ينفي الرضا ولا يعرف من ذلك شي لا يمكن ان يزاد
عليه ولا ينقص منه بل هو على ما يراه الحاكم اذا رفع اليه وذلك يختلف باختلاف الناس
ويرجع في تقديره الى الاجتهاد ولهذا قالوا ان السوط الواحد والقيد في اليوم الواحد
اكراه في حق بعض الناس لان من الناس من يستضر به ويقدح في مروته وجاهه فان قيل
الاكراه عندكم بمنزلة شرط الخيار وشرط الخيار لا يؤثر في الاقرار قيل له الخيار يصح
دخوله في الاقرار الا ترى انه اذا اشترط الخيار في البيع فقد لزمه الثمن وله فيه الخيار
وانما لا يؤثر الخيار اذا اطلق الاقرار ولانه لا يصدق على اثبات الخيار فيه قال
فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع وان قبضه مكرها فليس باجازة وعليه رده
ان كان قايما في يده وذلك لان البيع يتعلق به الاستحقاق بعقده وغرض المكره فعل ما
يتعلق به الاستحقاق فاذا حصل غرضه بالعقد خرج القبض من ان يكون مكرها
عليه فاذا دفع ذلك من غير اكراه دل على الرضا بجواز العقد ولا يشبه هذا اذا اكره
على الهبة دون القبض فوهب واقبض انه لا يكون ذلك رضا منه بالهبة وذلك لما
بينا ان غرض المكره حصول ما يتعلق به الاستحقاق وعقد الهبة لا يتعلق به الاستحقاق
فصار الاكراه عليها اكراها على القبض الذي لا يتم الا به والبيع بخلافه واما اذا
اكره على القبض في البيع ففعل ذلك فلم يوجد منه ما يدل على الرضا فلم يصح ويرد ذلك
ان كان في يده وقد قالوا لو اكرهه على بيع فوهب جاز ذلك ولم يكن مكرها لان الهبة
عقد يخالف البيع فنفذ عليه ولو اكرهه على ان يقر بالف فاقر بخمسماية فهو باطل
لانه مكره على الالف وعلى ابعاضها ومن اقر بما دخل تحت الاكراه لم يلزمه ولو
اكره على ان يقر بالف فاقر بالفين لزمه الف واحدة وذلك لانه مكره على احد الالفين
والالف الاخرى لم يكره عليها فهو ابتدا اقرار بها فيلزمه فان قيل هلا كان هذا كما قال

ابو حنيفة في شاهدين شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالفين انه لا يثبت لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد الاخر كذلك هذا وجب ان يلزمه الفان لانهما غير الالف قيل له المعتبر عند ابي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ والالف غير الالفين في اللفظ وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعني دون اللفظ لان غرض المكره ان يتخلص باقرار من الاكراه ويفعل ما اراد المكره وقد اتفقا في الالف في المعني وان اختلفا في اللفظ وعلى هذا لو اكره علي بيع جاريته من هذا بالف وقيمتها عشرة الاف درهم فباعها منه باقل من الف فالقياس ان البيع جايز لانه عدل عن الثمن الذي يستحق به الي غيره فدل علي انه اختار ذلك فلزمه والاستحسان ان البيع باطل لان غرض المكره بالاكراه اتصال المنفعة الي المشتري وغرض المكره ان يفعل ما يوافق المكره ليتخلص من وعيده وهو اذا انتقص من الثمن الذي ذكره اقرب الي التخلص فعلم ان ذلك من جملة ما بيننا وله الاكراه فلم ينفذ ولو باع بالفين لزمه بكل حال لما عدل عما سمي له ولم يكن فيه ما يوافق غرض المكره فصار بيعا مبتدا فلزمه وقالوا لو اكره علي ان يقر بالف درهم فاقر بماية دينار لزمه لان الدنانير غير الدراهم فهذا ابتدا اقرار فيلزمه ومن اصحابنا من قال انما لزمه لان ماية دينار اكثر من الف درهم في العادة فلما عدل عن الجنس والقدر لزمه ولو اقر بدنانير قيمتها الف او اقل لم يلزمه ومن اصحابنا من حمل المسلة علي ظاهرها وقال الدراهم والدنانير في البياعات قد اجريا مجرى الجنس الواحد استحسانا ولم يوجد ذلك في الاقرار فبقي علي اصل القياس **قال** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته وذلك لان الثمن انما يلزم في عقد صحيح اذا تم والمشتري قبض مال البايع بغير اختياره فاذا هلك لزمه قيمته **قال** وللمكره ان يضمن المكره ان شاء وذلك لان فعل المكره ينتقل الي المكره ويصير المكره بمنزلة الالة فكان المكره سلم ذلك الي المشتري ويصير كالغاصب وغاصب الغاصب فيضمن ايهما شا وقد قالوا اذا اجاز المكره البيع بعد الاكراه ووجد منه ما يدل علي الرضا صح وجعل كالبيع الموقوف لان فعل المكره ينتقل الي المكره فكانه باع فاذا اجاز المالك جاز وتجعله محمد تارة بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار للبايع لان المكره لم يرض

خروج

خروج الشي من ملكه فاذا اجاز صار كاسقاط الخيار وجعله تارة اخرى بمنزلة البيع اذا الحق به شرط فاسد ثم اسقط لان العقد انعقد والاكراه مانع من تمامه فهو كما لو شرط البايع لنفسه شرطا فاسدا وقد قالوا ولو لم يجز البيع حتي اعتق المشتري نفذ عتقه وتدبيره واستيلاده في الامة وذلك لان البايع قد سلط المشتري علي التصرف والاكراه لا يمنع من صحة التسليط علي العتق كما لا يمنع نفوذ العتق لو اكره عليه فصار هذا العتق في الاحكام التي يلحقها الفسخ بمنزلة البيع الموقوف والمشروط فيه الخيار وفي الاحكام التي لا يلحقها الفسخ كالبيع الفاسد اذا قبضه المشتري بعد عتقه فيه وانما كان كذلك لان التسليط علي العتق مع الاكراه صحيح فيصير كالتسليط في العقد الفاسد والتسليط علي البيع في الاكراه لا يصح فصار كالموقوف ويفارق العقد الموقوف من وجه وهو ان التسليط لم يوجد هناك من المالك ووجد في هذا الموضع وان كان معه اكراه ففارق البيع المشروط فيه الخيار من وجه وهو ان الخيار هاهنا ثبت من طريق الحكم **قال** رحمه الله من اكره علي ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فان اكره علي ذلك بالحبس او بالضرب او بالقيد لم يحل له الا ان يكون مما يخاف منه علي نفسه او علي عضو منه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم علي ذلك الذي اكره عليه ولا يسعه ان يصبر علي ما توعد به فان صبر حتي اوقعوا به ولم ياكل فهو اثم والاصل في ذلك ان الله سبحانه وتعالي اباح الخمر والميتة عند الضرورة بقوله تعالي الا ما اضطررتم اليه فاذا اكره بحبس او قيد فليس فيه تلف نفس فلم يكن مضطرا فلم يجز له فعله فاذا اكره بما يخاف منه علي نفسه او علي عضو من اعضايه فقد صار مضطرا فجاز له الاقدام علي هذه المحرمات كما جاز له ذلك اذا خاف التلف بترك تناولها عند الضرورة وكذلك ان توعد بضرب يخاف منه علي نفسه او عضو من اعضايه ولا يعتد بذلك بل يعتبر هذا المعني ولا يسعه في هذا الحال ان يصبر علي ما توعد به لان الله تعالي قال فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وهذا مضطر ولا تحريم تناول الميتة والخمر معلوم بالشرع ولم يحرمها الشرع في حال الضرورة فصار في هذا الحال كالطعام المباح ومن اكره علي طعام مباح فلم يفعل حتي نزل به ما توعد به كان اثما كذلك هذا قال محمد اذا قالوا لنجوعنك او لتشرب الخمر فهو علي وجهين ان كان يعلم انه اذا امتنع

من الشرب حتى يأتي من الجوع عليه ما يخاف منه التلف لم يترك ثم بعد الهم ذلك الشرب
فاذا الواعنه الاكراه لم يجز له ان يتعجل تناولها لان الضرورة لم تحصل وان كان يغلب
في ظنه انه اذا امتنع من شربها تم جائع فاستدعاها منهم ليشربها لم يمكنوه من الطعام جاز
له ان يشربها في الحال لان الخوف موجود **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى او بسب
النبي صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف
منه على نفسه او عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه ويوري فاما
لا يكون الحبس والقيد وما اشبه ذلك اكراها في هذا الموضع لان تحريم الكفر اكد من تحريم
شرب الخمر الا ترى ان تحريم الكفر معلوم بالعقل والشرع ولا تبيحه الضرورة وانما يبيح اظهاره
مع التورية واما لا يكون اكراها في شرب الخمر فلان لا يكون اكراها ها هنا اولى فاما اذا
خاف على نفسه او على عضو من اعضائه منه فهو اكراه والاصل في جواز اظهار الكفر عند
الاكراه ما روي ان المشركين اخذوا عمار بن ياسر فعذبوه حتى نال في الهتهم خيرا
وفي رسول الله صلى الله عليه وسلم شرا فلما جاء النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما وراك
قال شر واخبره بما اكرهوه عليه فقال له كيف وجدت قلبك قال مطمئن بالايمان
فقال ان عادوا فعد وقد قيل ان قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان نزل
في عمار بن ياسر ولكن من شرح بالكفر صدرا في عبد الله بن ابي سرح قال فاذا اظهر
ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه وان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا
وذلك لما روي ان المشركين اخذوا خبيب بن عدي بن زيد فباعوه من اهل مكة فقالوا
له لنقتلنك او لتذكرن الهتنا بخير وتشتم محمدا فكان يشتم الهتهم ويذكر محمدا
صلى الله عليه وسلم حتى قتلوه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو رفيقي في الجنة
ولان الكفر لم يبح بحال وانما ابيح له اظهاره من غير اعتقاد فاذا صبر ولم يظهر
الكفر فقد قصد بذلك اعزاز الدين فهو اولى من اظهاره وقد قالوا ان شتم المسلم
وقذفه من مظالم العباد وذلك غير مباح بحال وتحريمه معلوم بالعقل فهو كالكفر
والصبر فيه اولى **قال** وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك وذلك لان مال الغير تجوز
استباحته لدفع الضرر عن نفسه فصار كما لو خاف التلف عند الجوع فاكله لا ياثم بذلك

قال ولصاحب المال ان يضمن المكره لما بينا ان فعل المكره ينتقل الى المكره فيصير المكره
بمنزلة الالة فصار كان المكره هو الذي باشر الفعل وهو اتلاف المال فيلزمه الضمان
قال وان اكره رجل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل وذلك لان
قتل المسلم لم يبح للضرورة بحال وما يفعله حال الاكراه انما يجوز له الاقدام عليه
للضرورة فما لا تبيحه الضرورة بحال لا يبيحه الاكراه **قال** وان قتله كان اثما وذلك
لانه اقدم على ما لا يجوز له الاقدام عليه بحال فاثم بذلك **قال** والقصاص على الذي اكرهه
ان كان القتل عمدا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول الشافعي وقال
ابو يوسف عليه الدية وقال زفر القصاص على المكره وجه قولهم على زفر انه لا قصاص على
المكره هو ان الاكراه سبب يمنع صحة البيع فكان مانعا من وجوب القصاص كالجنون
ولا يلزم الرق لانه لا يمنع البيع اذا حصل الاذن وجه قول زفر ان الاكراه لا يبيح
القتل فصار وجوده وعدمه سوا وصار كانه قتل بغير اكراه وجه قولهما على ابي يوسف
انه حمله على قتل غيره وغلب على رايه فصار كانه اخذ بيده وفيها سيف فضرب
به وجه قول ابي يوسف ان المكره لم يباشر القتل وانما فعل شيئا يودي الى القتل
فصار كحافر البير وواضع الحجر فلا يلزمه القصاص ويلزمه الدية **قال** وان اكرهه
على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه وقال الشافعي لا يقع وعلى هذا
التزويج لنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وقال صلى الله عليه وسلم
ثلث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين وروي النكاح واليمين ولانه
قاصد الى الايقاع والى العقد غير راض باحكامه فصار كشرط الخيار وكالهزل **قال**
ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد وذلك لانه اتلف ملك غيره على طريق التعدي
فلزمه الضمان ولان فعل المكره ينتقل الى فعل المكره فيما يصح ان يفعله الانسان بغيره
فصار كان المكره هو المتلف ويستوي في هذا الضمان اليسار والاعسار ولانه في
حكم المباشر للاتلاف وذلك لا يختلف ويكون الولا للمولى ولا سعاية على العبد
لان العتق وقع من جهة المولى ولا حق لاحد فيه فصار كالمختار **قال** ويضمن
مهر المراة ان كان قبل الدخول وذلك لان المكره قرر عليه ضمانا كان يجوز ان يخلص
منه وهو ان تجعل الفرقة بسبب من جهة المراة فصار كانه اخذ ذلك المقدار

من ماله واتلفه واما اذا كان بعد الدخول فلا ضمان على المكره لان المهر قد استقر على الزوج
قبل الاكراه فلم يوجد من جهة المكره ما يوجب الضمان **قال** وان اكرهه على الزنا وجب
عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه
وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الثاني وكان قوله الاول اذا اكرهه السلطان فعليه الحد
وهو قول زفر ووجهه ان الوطء لا يمكن الا بانتشار الالة وذلك لا يكون مع الخوف
فلما وجد دل على انه ليس بخايف فكانه فعل ذلك بغير اكراه فيجب عليه الحد وجه قوله
الثاني ان الاكراه لا يكون الا من السلطان الا ترى انه لا يمكن مغالبته والتظلم منه
الى غيره وغير السلطان يمكن ان يدفع بالسلطان فلم يتعلق بفعله حكم ومن اصحابنا من قال
انما فرق ابو حنيفة لانه لم يكن في زمنه غلبة الا السلطان ولا يقدر غيره على اجبار الناس
وبعد ذلك قد تغير الحال وجه قولهما ان الانتشار في طبع الادمي يحصل بغير اختيار
ثم اكره بعد ذلك على المواقعة فيصح الاكراه ويسقط الحد واذا سقط الحد وجب المهر لان
الوطء في ملك الغير لا يخلو من حد او مهر فاما المراة اذا اكرهت على الزنا فلا حد عليها
في قولهم **قال** واذا اكره على الردة لم يبن منه امراته لما بيناه ان المكره على الكفر له
اظهار كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمينا بالايمان ولا يصح كفره لما لم يعتقده واذا لم يقطع
بكفره لم تبن امراته لما بينا فان قال قد خطر ببالي ان اقول لهم قد كفرت بالله
اريد الخبر عن امر ماض فقلت ذلك اريد به الخبر عما مضى من الكذب ولم اكن فعلت
ذلك فيما مضى بانت منه امراته في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه
اعترف انه فعل ما لم يكره عليه الا ترى انهم اكرهوه على اظهار الكفر ولم يكرهوه
على الخبر عما مضى فاذا فعل ما لم يكره عليه صار بمنزلة المبتدي ومن اخبر عن كفر
سابق بانت منه امراته في الحكم ولم تبن منه فيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يعتقد الكفر
ولو قال خطر على بالي اني اقول قد كفرت بالله لا اريد به الخبر عما مضى فقلت
قد كفرت بالله اريد به ما طلب مني ولم ارد به الخبر عما مضى بانت منه امراته
في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه خطر بباله الخبر عما مضى وكان
يقدر على التخلص من الضرر من غير اظهار كلمة الكفر فلما اظهرها وهو غني عنه صار
كالمبتدي باظهار كلمة الكفر فان قيل انه لم يعتقد الكفر والكفر انما يكون بالاعتقاد

قيل انه لما قدر على ترك اظهار الكفر فاظهره من غير اعتقاد صار كالهازل بالكفر
والهازل بالكفر تبين منه امراته ولو قال ان ذلك لم يخطر ببالي كفرت كفرا مستقبلا
من غير اخبار عما مضى وقلبي مطمين بالايمان لم تبن امراته لانه اظهر ما اكرهه عليه من
الكفر فلا يصير به كافرا وعلى هذا قالوا لو قالوا له لتصلين لهذا الصليب فقام يصلي
خطر بباله ان يصلي لله تعالى وهو غير مستقبل القبلة او مستقبلها فينبغي له ان ينوي
الصلاة لله تعالى فان قال نويت ذلك بانت امراته في القضا ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى
لانه فعل غير ما اكره عليه وان صلى للصليب ولم يصل لله تعالى وقد خطر بباله ذلك
فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى وان لم يخطر بباله شي وصلى للصليب وقلبه
مطمين بالايمان لم تبن امراته لانه فعل ما اكره عليه وعلى هذا لو قالوا له لتشتمن محمدا
فخطر على باله ان يسب رجلا يسمى محمدا بهذا الاسم ففعل واخبر بذلك بانت امراته
في الحكم لانه فعل ما لم يكره عليه ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يعتقد الكفر وان
سب محمدا وقد خطر بباله غيره بانت منه امراته في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى
وان لم يخطر بباله شي وسب محمدا وقلبه مطمين بالايمان لم تبن امراته لانه فعل ذلك بالاكراه
واذا اكره على اليمين او على النذر لزمه لانه مما يستوي هزله وجده ولو اكره على الاقرار
بالحد فهو باطل لان الاقرار يحتمل الصدق والكذب وانما حمل على الصدق لحسن الظن بالمقر
واذا كان مكرها لم يحسن الظن به فبقي الاحتمال فلا يلزمه الحد بالاكراه

كتاب السير

كتاب السير الجهاد واجب والدليل على وجوبه قوله تعالى قتلوا المشركين حيث
وجدتموهم وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقال
تعالى فقاتلوا ايمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون وقال النبي صلى الله عليه
وسلم بني الاسلام على خمس وذكر في جملتها الجهاد **قال** رحمه الله الجهاد فرض على الكفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه
والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل
المدينة ولو كان الفرض على الاعيان لم يتركهم ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر
وذلك يكون على الكفاية ولانه لو كان على الاعيان لخرج جميع الناس وتعطلت المصالح
والمزارع فادى ذلك الى ترك الجهاد وذلك لا يصح وقد حث النبي صلى الله عليه

وسلم علي الجهاد فروي عنه ابن عباس غدوة او روحة في سبيل الله تعالي خير من الدنيا
وما فيها وفي حديث ابي هريرة ان النبي صلي الله عليه وسلم قال مثل المجاهد في
سبيل الله كمثل الصايم القايم الراكع الساجد الخاشع **قال** وقتال الكفار واجب
وان لم يبدوا بالقتال وقال الثوري لا يجب حتي يبدونا وجه قولنا عموم الاي
والاخبار ولان قتالهم لو وقف علي ابتدايهم صار قتالهم علي وجه الدفع وهذا
المعني يوجد في حق المسلمين ويجب ان يكون بين قتال الكفار والمسلمين فرق وليس
الا ان يجب ان نبداهم بالقتال ويجوز القتال في الاشهر الحرم وقال عطا لا يجوز
لنا قوله تعالي اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقاتلوهم حتي لا تكون فتنة وهو عام
وروي انه عليه السلام حاصر الطايف لعشر بقين من المحرم وهذا نوع من القتال
ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر فيجوز في الاشهر الحرم فاما قوله فاقتلوا المشركين
فهو منسوخ بقوله تعالي فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم **قال** ولا يجب
الجهاد علي صبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمي ولا مقعد ولا اقطع وذلك لان الجهاد
فرض علي الكفاية اذا قام به فريق سقط فرضه عن الصبي والمجنون وطاعة الوالدين
فرض علي كل حال فلا يترك لاجل ما ليس بفرض وقد روي ان النبي صلي الله عليه وسلم
سيل عن افضل الاعمال فقال الصلاة لاوقاتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد
في سبيل الله تعالي وروي ان العباس بن مرداس جا الي النبي صلي الله عليه
وسلم فقال اني اريد الجهاد معك فقال صلي الله عليه وسلم الك ام قال
نعم فقال الزم امك فان الجنة عند رجل امك وروي ان رجلا قال للنبي
صلي الله عليه وسلم جيت اجاهد معك وتركت ابواي يبكيان فقال صلي الله عليه
وسلم ارجع واضحكهما كما ابكيتهما واما العبد فلما بينا ان الفرض يسقط بقيام
طايفة من الناس به وما لا يتعين وجوبه علي العبد فحق المولي مقدم عليه اصله صلاة
التطوع وكذلك حق الزوج مقدم علي ما لا يجب علي المراة فاذا سقط الفرض عنها
بقيام بعض الناس به كان حق الزوج اولي فلم يجز لها ان تخرج الا باذنه كما لا يخرج
العبد الا باذن المولي فاما الاعمي والمقعد والزمن فكل واحد منهم عاجز عن القتال
والقتال انما يجب علي من هو من اهل القتال **قال** فان هجم العدو علي بلد وجب

علي

علي جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن سيده وذلك
لان الفرض في هذه الحال قد تعين والفروض المعينة تقدم علي حق الزوج وعلي حق
المولي اصله صلاة الفرض وقد روي ان ام سليم بنت ملحان قاتلت مع النبي صلي الله
عليه وسلم يوم حنين حتي انهزم الناس عنه وقالت ام عطية غزوت مع النبي صلي الله
عليه وسلم سبع غزوات كنت اصلح لهم الطعام واداوي الجرحا واقوم علي المرضي
قال فاذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الي الاسلام
فان اجابوهم كفوا عن قتالهم وان امتنعوا دعوهم الي اعطا الجزية فان اعطوها
فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم والاصل في ذلك ما روي في حديث سليمان بن
بريدة عن ابيه قال كان النبي صلي الله عليه وسلم اذا بعث جيشا او صاحب سرية
اوصاه خاصته في نفسه واوصاه بمن معه من المسلمين خيرا وقال اغزوا باسم الله وفي
سبيل الله تقاتلون من يكفر بالله ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا
واذا لقيتم عدوا من المشركين فادعوهم الي خصال او الي ثلاث خلال فانهن
اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الي الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم
وكف عنهم ثم ادعهم الي التحول الي دار المهاجرين فان فعلوا فاخبرهم ان
لهم ما للمهاجرين وعليهم ما علي المهاجرين فان ابوا فاخبرهم انهم كاعراب
المسلمين يجري عليهم حكم الله تعالي الذي يجري علي المسلمين وليس لهم في الفي
ولا في الغنيمة شي الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا ذلك فادعهم الي الجزية
فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم واذا حاصرت
اهل حصن فارادوكم ان تنزلوهم علي حكم الله تعالي فانكم لا تدرون ما حكم الله
فيهم ولكن انزلوهم علي حكمكم ثم اقضوا فيهم ما رايتم واذا سالوكم ذمة الله وذمة
رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابايكم
ثم تولوا لهم وتفسير هذا الخبر ان النبي صلي الله عليه وسلم بدا بوصية امير
الجيش لانه متقدم عليهم وهم مقتدون به في صلاحهم وفسادهم ثم اوصي
من معه بعد ذلك لان الانسان يجب ان يبتدي باصلاح امور نفسه ثم بغيره
يدل علي ذلك قوله عليه السلام ابدا بنفسك ثم باهلك ثم بولدك من بعدك الاقرب

ثم تنزلهم بعد علي حكمكم

فالاقرب ثم امر بالغزو وافتتح الكلام باسم الله تعالى على وجه التنزل ثم بين لهم الوجه
الذي خرجوا فيه وانه طاعة الله ثم نهاهم عن الغلول وهو الخيانة في المغنم وقد دل
على تحريمه قوله تعالى وما كان لنبي ان يغل ومن يغلل يات بما غل يوم القيامة وقال
صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط فانه عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة ثم
نهى عن الغدر وهو خفر الامان ونقض العهد وقد دل على تحريمه قوله تعالى واوفوا بعهد
الله اذا عاهدتم ثم نهاهم عن المثلة وقد دل على ذلك ايضا ما روي عن عمران بن حصين انه
قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العرنيين الا نهانا عن المثلة ثم نهاهم
عن قتل الصبيان وقد دل على ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم
الاخر فدل ذلك على وجوب القتال لمن يقاتل والصبي لا يقاتل وعن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم يعني صبيانهم وروي عطية القرظي
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر في بني قريظة بقتل من اخضر مئزره ثم امر عند لقاء العدو
بتقديم دعايهم الى الاسلام وقد دل على ذلك قوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث
رسولا وعن ابن عباس ما قاتل النبي صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم الى الاسلام
وهذا اذا لم تكن الدعوة قد بلغتهم قبل ذلك فاذا كانت الدعوة قد بلغتهم جاز قتالهم
من غير تجديد دعوة وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اغار على بني
المصطلق وهم غارون وعن اسامة بن زيد قال عهد الي النبي عليه السلام
ان اغير على بني الاصبع صباحا ثم احرقوا والافضل ان يكرر عليهم الدعوة لجواز ان
يسلموا عند ذلك ثم امر بالكف عنهم ان اجابوا الى الاسلام وقد دل على ذلك قوله
تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وقوله تعالى فان انتهوا فلا
عدوان الا على الظالمين وقال النبي صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم الا بحقها
وقوله ادعوهم الى التحول الى دار المهاجرين فلان الهجرة كانت فرضا على كل مسلم
الى ان فتحت مكة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ثم امر ان يعلموا انهم
ان فعلوا ذلك كان لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين وحق المهاجرين ثبوت
حقهم في الخمس والغنيمة لما لم يحصل للمسلمين بهم قوة ولم يبينوا في الديوان فان قاتلوا

استحقوا

استحقوا حضورهم القتال سهما من الاربعة الاخماس ثم اخبرانهم ان ابوا ذلك دعاهم الى
اعطا الجزية فان فعلوا قبل منهم وكف عنهم وقد دل على ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون
بالله ولا باليوم الاخر الى قوله حتى يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون فجعل غاية القتال
الى اعطايهم الجزية فان ابذلوها تام ذلك مقام الاسلام في حقن دماهم واموالهم وهذا
يدل على ان النبي صلى الله عليه وسلم انفذهم الى من يقبل منهم الجزية لان عبدة الاوثان من
العرب لا تقبل منهم الجزية فلا معنى لدعايهم الى ذلك ثم امرهم بقتالهم اذا ابوا ذلك لانه اعذر
اليهم فان اقاموا على عبادتهم فليستعين بالله على قتالهم ثم منع ان ينزلهم على حكم الله تعالى
اذا طلبوا وقد قال ابو يوسف يجوز انزالهم على حكم الله تعالى لان الاحكام قد استقرت
وعرفت وانما منع النبي صلى الله عليه وسلم ذلك في زمانه لان الاحكام لم تكن استقرت
فلا يومن من حدوث حكم او نسخ حكم يوجب نسخ ما بيا قد وا عليه فاما الان فقد استقرت
وامن ذلك وقال محمد لا يجوز لان من احكامه فعل الاجتهاد وهم لا يعرفون ذلك
وانما يعرفون النص ولو علموا ان الامه تجتهد فيهم لم يفعلوا ثم منع ان تعطيهم ذمة الله وذمة
رسوله اذا طلبوا لان المسلمين قد تضطرون الى ترك الوفا لهم والغدر حرام لكن اذا حصل
بذمه الانسان كان ايسر من الغدر بذمة الله تعالى واخف ثم امرهم بالوفا وهو واجب
عليهم ما استطاعوا وقد روي في حديث زيد بن علي عن ابيه عن علي عليه السلام قال
كان نبي الله عليه السلام اذا بعث جيشا من المسلمين قال انطلقوا باسم الله وفي سبيل
الله وعلى ملة رسول الله لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم وادعوا القوم الى شهادة ان لا
اله الا الله وان محمدا رسول الله والاقرار بما جا به من عند الله فان اجابوكم فاخوانكم
وان ابوا فانصبوهم حربا واستعينوا بالله ولا تقتلوا وليدا ولا طفلا ولا امراة ولا
شيخا كبيرا ولا تغوروا عينا ولا تعضدوا شجرا الا شجرا يضركم ولا تمثلوا بادمي ولا بهيمة
ولا تغلوا ولا تغدروا واي رجل من اقصاكم او ادناكم اشار الى رجل من المشركين فاقبل
اليه باشارته فله الامان حتى يسمع كلام الله فان قبل فاخوكم وان ابا فردوه
الى مامنه واستعينوا بالله ولا تعطوا ذمة الله ولا ذمتي فان ذمتي ذمة الله والمخفر
لذمة الله لاق الله وهو عليه ساخط واعطوا القوم ذممكم دون ذمم الله وهذا الخبر
في معنى الخبر المتقدم وفيه زيادة قوله ولا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم يعني حتى تدعوهم

لان الدعا لا يكون الا باظهار الجنة **قال** ولا تقتلوا امراة لان المراة لا يجوز قتلها
حتي تقاتل او تكون ملكة لتكون تقاتل فيتفرق جميع المشركين وقد روي ان النبي صلي الله
عليه وسلم مر بامراة مقتوله فوقف عليها وقال ان هذه لا تقتل وهذا تنبيه علي انها
لا تقتل الا من كان من اهل القتال فاما الشيخ الفاني فهو الهم الذي لا يقدر علي
القتال ولا له راي في الحرب فلا يكون من اهل القتال فيصير كالصبي وقد روي ان النبي
صلي الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وقد اتي عليه ماية وعشرون سنه لانه اخرج
يوم حنين حتي يستعان برايه في الحرب واشار عليهم بتاخير النسا والمال فابوا عليه
فقتله النبي صلي الله عليه وسلم لذلك وقوله ولا تغوروا عينا ولا تعضدوا شجرا الا
ان يضركم فهو الشجر الذي يكون بينهم وبين عدوهم فيمنعهم القتال وما سوي ذلك
فالمسلمون بالخيار ان شاوا قطعوا وان شاوا تركوا لقوله تعالي ما قطعتم من لينة او تركتموها
قايمة علي اصولها فباذن الله وروي ان النبي صلي الله عليه وسلم لما حاصر بني النظير
امر بقطع نخلهم ولما حاصر الطايف وامر بقطع كرومهم والموضع الذي نهي فيه عن ذلك
كان النبي صلي الله عليه وسلم قد علم ان المسلمين يغنمون ذلك فاراد تبقيته علي عمارته
قال ولا يجوز ان يقاتل من لم يبلغه دعوة الاسلام الا بعد ان يدعوه ويستحب ان
يدعوا من بلغته الدعوة ولا يجب ذلك فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم وقد
بينا جميع ذلك **قال** ونصبوا عليهم المناجنيق وحرقوهم وارسلوا عليهم الما وقطعوا
شجرهم وافسدوا زرعهم وذلك لان النبي صلي الله عليه وسلم احرق البويرة وامر
اسامة بالاحراق ولان في ذلك تفريق جمعهم وكسر شوكتهم فجاز كما يجوز انواع القتل
قال ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسيرا او تاجر وقد روي عن الحسن بن
زياد انه قال لا يجوز تحريق حصن فيه مسلم اسيرا او تاجر ولا هدم عليهم وعندنا
يجوز جميع ذلك لان قتالهم واجب فلا يمنع من ذلك اذا كان فيهم من لا يجوز قتله كما لا
يمنع من اجل صبيانهم ونسايهم ووجه قول الحسن ان قتل الكافر يجوز تركه وقتل
المومن لا يجوز الاقدام عليه واذا اجتمع الحظر والاباحة فالحكم للحظر **قال**
فان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسري لم يكفوا عن رميهم وقال الشافعي اذا
بلغ مقاتلهم فعلوا ذلك لم يجز ان يبتديهم بالرمي فان بدونا جاز الرمي ويقال للرامي اجتهد

في اصابة المشرك وتجنب المسلم لنا انه قتال واجب فلا يمنع منه التترس بمن لا يجوز قتله
كما لو تترسوا بصبيانهم ولانا لو لم نبتديهم لاجل ذلك ادي الي ترك شن الغارة عليهم
لان حصونهم لا يخلوا عن مسلم وما ادي الي هذا فهو ساقط بالاجماع **قال**
ويقصدون بالرمي الكفار لان المسلم لا يجوز اعتماد قتله فوجب ان يقصد من يجوز
رميه فان رمي مع هذا القصد فاصاب مسلما فقتله فالكفارة لا تجب عليه ولا الدية
في قول اصحابنا وقال الحسن بن زياد عليه الكفارة والدية وهو قول الشافعي وجه قولهم
انه رمي ابيح مع العلم بحال المرمي اليه فصار كمن وقف في صف المشركين ولان في
ايجاب الضمان ترك القتال وما ادي الي ذلك فهو ساقط وجه قول الحسن انه
ابيح له الرمي بشرط ان لا يعتمد المسلم فاذا اصابه صار في معني الخاطي كمن قصد
غرضا فاصاب انسانا واذا صار في حكم الخاطي تعلق به الكفارة والدية قلنا هذا
يبطل بما اذا تترسوا بصبيانهم واما اذا رمي غرضا فانه لو غلب علي ظنه انه يصيب
ادميا لم يحل له الرمي كذلك اذا اشك وليس كذلك في مسالتنا لانه ابيح له الرمي مع غلبة
الظن لا صابة المسلم فافترقا **قال** ولا باس باخراج النسا والمصاحف مع المسلمين
اذا كان عسكرا عظيما يومن عليه ويكره اخراج ذلك في سرية لا يومن عليه والاصل في ذلك
ما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم قال لا تسافروا بالقران الي ارض العدو
مخافة ان تناله ايديهم ولانهم يستخفون به فمنع من السرية لذلك وكذلك النسا
لانه لا يومن من ادخال الفضيحة عليهن فان كان عسكرا عظيما يومن معه ذلك جاز لزوال
المعني المانع وقد قيل ان النبي صلي الله عليه وسلم انما منع من ذلك في ابتدا الاسلام
لقلة المصاحف مخافة ان ينقطع من ايدي الناس وقد كثرت الان وامن ذلك فيها وقد
روي الطحاوي عن محمد عن ابي حنيفة انه قال لا باس بتعليم الذمي والحربي القران
والفقه من غير خلاف والدليل علي جوازه قوله تعالي وان احد من المشركين استجارك
فاجره حتي يسمع كلام الله ثم ابلغه مامنه ومعلوم انهم اذا سمعوه حفظوه وروي
ان النبي صلي الله عليه وسلم كتب الي هرقل يا اهل الكتاب تعالوا الي كلمة سوا بيننا وبينكم
ولانهم اذا قروا القران وعرفوا ما فيه من الحكم دعاهم ذلك الي الاسلام فجاز تعليمهم
لذلك والظاهر من مذاهبهم انه لا يجوز لانهم يستخفون به فيمنعوا لذلك من حفظه كما

يمنعوا من شرا الصحف **قال** ولا يقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده
الا ان يهجم العدو وقد بينا ذلك **قال** وينبغي للمسلمين لا يغدروا ولا يغلوا ولا يقتلوا
امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا الا ان يكون احد هولا ممن له
راي في الحرب او تكون المراة ملكة وقد بينا جميع ذلك وقد دللنا عليه وقد قال
الشافعي ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وهذا لا يصح لما ذكرنا في حديث
زيد بن علي ولان هولا لا يستعان بهم في القتال غالبا فلا يجوز قتلهم كالنسا وقد دل
على ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم راى امراة مقتوله فقال انها لا تقاتل فنبه صلى الله عليه
وسلم على ان من لا يقاتل لا يقتل فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقتلوا
شيوخ المشركين قيل له هو محمول على من يقاتل ليجمع بين الخبرين فان قيل كفره لا يمنع من
قتل الشاب فلا يمنع من قتل الشيخ الفاني اصله الردة قيل له حكم الردة اغلظ من الكفر
الاصلي بدليل انه لا يقر عليه وتقتل المراة فيه على اصلنا **قال** ولا يقتل مجنون وذلك
لانه ليس بمكلف فلا يقتل كالصبي فان قاتل واحد منهم قتل لان الرجال العقلا
يقتلون وان لم يقاتلوا فمن يقاتل اولى بالقتل ومن يجن ويفيق بمنزلة الصحيح **قال**
وان راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا
باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولان النبي صلى الله عليه وسلم صالح قريشا
يوم الحديبيه على ترك القتال ويجوز ايضا على جعل يوخذ منهم لان المال يجوز اخذه
على ترك قتل الكفار كما توخذ الجزية واذا لم يكن بالمسلمين حاجة الى الصلح فانه لا يجوز
ان يفعل لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون والله معكم ولان الصلح
هو ترك القتال وقد امر الله تعالى بقتالهم وقتلهم فلا يجوز تركه مع القدرة **قال**
وان صالحهم على مدة ثم راى ان نقض العهد انفع نبذ العهد اليهم وقاتلهم والاصل في
جواز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم وادع قريشا ثم نبذ عهدهم وانفذ الى مكة من نادى
بنقض الصلح فانزل الله تعالى في ذلك واذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر
ولان الصلح انما جاز لان فيه من المصلحة للمسلمين فاذا راى الامام ان نقضه مصلحة
كان له ذلك وانما قلنا انه ينبذ اليهم لانه لو قاتلهم من غير ان يتقدم ذلك كان غدرا
للامان وذلك لا يجوز ولا بد من اعتبار بلوغ خبر النبذ الى جميعهم لان الغرض ان يعرفوا
ذلك

يعني لم يعلم المسلمون ان القوم ... ان يغيروا عليهم ...

ذلك فيستعد والقتال حتى لا يكون قد غرهم وقد اعتبروا في ذلك ان تمضي مدة يمكن
ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى جميع اطرافه ويعلمهم ذلك فان مضت هذه المدة جاز للمسلمين
ان يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكوره **قال** واذا بدا وا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم وذلك لانهم اذا خلوا شرايط العهد ولا بد عليهم صاروا بذلك ناقضين العهد
كالذمي اذا انقض العهد ولحق بدار الحرب واذا صاروا ناقضين العهد جاز قتالهم فان علم
المسلمون ان اهل ناحية منهم لم يعلموا لم يغيروا عليهم حتى يعلموهم لان في قتالهم من غير اعلام
لهم تغرير وذلك لا يجوز ولو خرج جماعة منهم لا منعة لهم فقطعوا الطريق في دار الاسلام
فاخذهم المسلمون فليس هذا بنقض العهد لما لم يكن لهم منعة وهم بمنزلة الذمي اذا انقض
العهد في دارنا فان خرج جماعة لهم منعة وقاتلوا المسلمين على نية بغير امر ملكهم فالملك
واهل مملكته على صلحهم وهولا الذين قطعوا الطريق لا باس بقتلهم واسترقاقهم واسترقاق
من معهم من صبيانهم ونسايهم لانهم نقضوا وانما ابتدوا بنقض العهد فصاروا كاهل الذمة اذا
غلبوا على دار وامتنعوا ولو كانوا فعلوه باذن ملكهم صاروا جميعا ناقضين العهد لما رضوا
بذلك **قال** واذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار وذلك لما روي ان عبيد اهل
الطايف خرجوا الى النبي صلى الله عليه وسلم مسلمين فطلب المسلمون قسمتهم فقال النبي صلى
الله عليه وسلم هم عتقا الله **قال** ولا باس ان يعلف العسكر في دار الحرب وياكلوا ما وجدوا
من الطعام ويستعملوا الحطب ويدهنوا بالدهن وذلك لما روى عبد الله بن المغفل قال
دلى رجل يوم خيبر على جراب من شحم فاتيته فلزمته وقلت لا اعطي من هذا اليوم احدا
شيا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم وعن ابن عمر ان الطعام يوم
خيبر لم يخمس كان الرجل اذا احتاج الى شي ذهب فاخذه وروي ان امير الجيش بالشام كتب
الى عمر رضي الله عنه انا دخلنا الى ارض كثيرة الطعام واني كرهت ان اتقدم على شي الا بامرك
فكتب اليه مرهم فلياكلوا وليعلفوا ولا يبيعوا بذهب ولا فضة فمن باع شيا بذهب او فضة
ففيه الخمس ولان المسلمين يتعذر عليهم حمل الطعام والعلف ولا يبيعهم اهل الحرب
فلو لم يجوز لهم الانتفاع به ضاق الامر عليهم وكذلك الادهان الماكولة هي بمنزلة الطعام
والعلف لانه ينتفع به في نفسه فاما ما سوى ذلك فلا ينتفع بشي منه لعدم الحاجه اليه
ولقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط **قال** ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح

كل ذلك بغير قسمة وهنا علي وجهين اذا كان له سلاح او دابة لم يجز ان يستعمل شيا من سلاح الغنيمة
يبقي به سلاحه وان لم يكن له جاز له استعماله لما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم انه قال
اياكم وربا الغلول مرتين قالوا يا رسول الله وما ربا الغلول قال ان تركب دابة حتي تعجف ثم
ان تردها الي المغنم ولان حق الجماعة ثابت فيه وانما ابيح الانتفاع به للحاجة فاذا لم يكن به حاجة
اليه لم يجز **قال** ولا يجوز ان يبيعوا شيا من ذلك ولا يتمولوه وذلك لان الانتفاع ابيح لهم للحاجة
فلم يجز لهم البيع كمن اباح غيره طعاما **قال** وان اخرجوا شيا من ذلك الي دار الاسلام ردوا
ما بقي في ايديهم الي الغنيمة ان كانت لم تقسم وذلك لانهم اذا اخرجوه الي دار الاسلام
فقد زالت الاباحة والاباحة اذا تعلقت بشرط زالت بزواله ولان في هذه الحال قد استقر
حق الغانمين في الغنيمة بدليل انه يورث عنه فلم يجز الانتفاع به الا باذن وان كانت القسمة
قد وقعت تصدقوا بذلك ان كانوا اغنيا وان كانوا محتاجين انتفعوا به لانه لا يمكن ان يقسم
ذلك بين جماعتهم اهل العسكر فصار بمنزلة ما يوجد من اللقطة ولا يمكن ايصاله الي مستحقه
فان انتفعوا بذلك بعد خروجهم الي دار الاسلام وهم اغنيا لزمهم ان يتصدقوا بقيمتها
ان كان بعد القسمة ويردوا الغنيمة الي المغنم فيقسم معه وان كان فقيرا رده الي المغنم
قبل القسمة ولم يتصدق به بعد القسمة وذلك لانه انتفع بما تعلق به حق غيره فكان ضامنا
عليه والقيمة تقوم مقام العين فكما كان يفعل بالعين كذلك يفعل بالقيمة وقد قال الشافعي
في جميع ذلك الا في السلاح والدواب انهم يملكونه بالاخذ في قول اخر مثل قولنا ومن اصحابنا
من قال ينتفع بالقليل ويرد الكثير لنا ما قدمناه من الاخبار وعن ابن عباس وابن عمر
انه ينتفع بالطعام والعلف فان اخرج منه شيا تصدق به ولا يجوز له بيعه ولان الاباحة
في الانتفاع به للحاجة والاباحة اذا تعلقت بشرط زالت بزواله فان قيل كما جاز الانتفاع
به في دار الحرب جاز في دار الاسلام كما لو اشتراه منهم قيل له اذا اشتراه فقد ملكه فينتفع
بملكه حيث شا وههنا ابيح له الانتفاع به من غير ملك فافترقا **قال** ومن اسلم منهم
احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال هو في يده او وديعة في يد مسلم او ذمي
وهذا الذي ذكره صحيح اذا اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم غلبنا علي الدار وهم فيها
وذلك لان ما في يده من المال صار محرزا باسلامه واولاده الصغار صاروا مسلمين باسلامه
وما له في يد مسلم او في يد ذمي فهو محرز لانه في يد صحيحة فكانه في يده فلا يثبت فيه شي من ذلك

حكم الفي واما اولاده الكبار فلا يصيرون مسلمين باسلامه فيبقون علي حكم الحرب وكذلك زوجته
لا تصير مسلمة باسلامه وحملها جزو منها فيثبت في جميع ذلك حكم الفي وكذلك ما له من المال
في يد الحربي فهو في لانه ليس في يد صحيحة فلم يصر محرزا باسلامه واما اذا دخل دار الاسلام بامان
ثم اسلم في دار الاسلام فان اولاده الصغار الذين هم في دار الحرب في لانهم لا يصيرون مسلمين باسلامه
لاختلاف الدار وكذلك سائر امواله في دار الحرب خارجة عن يده لاختلاف الدار والحظر
انما يزول بالحيازة واما عقاره وارضه فهو في في جميع الاحوال عند ابي حنيفة لانها من
جملة دار الحرب فلا يتبعض حكم الفي فيها ولان من اصل ابي حنيفة ان اليد لا تثبت علي العقار
ثبوتا صحيحا فصار كشي ليس في يده وعند ابي يوسف يحرز عقاره كما يحرز نفسه وما له
في الوجهين الاولين استحسانا وهو قول محمد الاول لان من اصلهما ان اليد تثبت علي العقار
ثبوتا صحيحا فصار كسائر الاموال وقد قال الشافعي ان عقاره وما له في يد الحربي يكون
اتباله وهذا لا يصح لان مال الحربي علي اصل الاباحة والمباحات لا يملك الا بالحيازة
اصله الماء والكلا وما ليس في يده فلم يحرزه فيبقي علي اصل الاباحة وما في يد الحربي من الودا ئع
فلم يحرزه ايضا بيد صحيحة فصار كما هو في دار الحرب لا في يد احد فان قيل ان هذا مال
مسلم فلا يجوز ان يغنم اصله ما في يده قيل له ما في يده مباح حصلت فيه الحيازة فزالت
الاباحة وههنا لم تحصل فيه حيازة فبقي علي اصل الاباحة فان قيل فيبطل بما في يده من العقار
قيل له لا يتصور الحيازة في ذلك واذا اسلم رجل في دار الحرب فقتله رجل مسلم خطا فليس
عليه الا الكفارة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية استحسانا
وجه قولهما قوله عليه السلام انا بري من كل مسلم اقام بين ظهراني اهل الشرك وبراة منه
ينفي تقويم ذمته ولانه لم يحرز ذمته بالدار فصار كالحربي وجه قول ابي يوسف انه محقون
الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا ينفي تقويم ذمته كالتاجر ولا يشبه القتل بمباشرة
حفر البير بسبب فيعتبر فيه التعدي ولم يوجد بحفره في دار الحرب تعد فهو كمن حفر في ملكه
في دار الاسلام **قال** وان ظهرنا علي الدار فعقاره في وزوجته وحملها في واولاده الكبار
في وقد بينا ذلك **قال** ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم وذلك
لما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان في
بيعه منهم تقوية ومعاونة علي الحرب وقد منعنا من ذلك **قال** ولا يفادون بالاسري

عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يفادي بهم اسري المسلمين وبه قال الشافعي
وجه قول ابي حنيفة قوله تعالي فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين وهذا ينفي جواز
المفاداة وقد تناولت هذه الاية الاسري بدليل قوله تعالي فان تابوا واقاموا الصلاة واتوا
الزكوة فخلوا سبيلهم ولان في ذلك اعانة الكفار بما يختص بالقتال فوجب ان لا يجوز كما لا
يجوز له امدادهم باهل الذمة وبيع السلاح منهم وجه قولهما ما روي عمران بن الحصين
ان النبي صلي الله عليه وسلم فادا رجل من المسلمين برجلين من المشركين قلنا هذا كان في الوقت
الذي يجوز رد الكفار اليهم بغير شيء وقد كان النبي صلي الله عليه وسلم صالح سهيل
بن عمرو علي ان يرد من جا مسلما فاذا جاز رد المسلم فرد الكافر اولي فان قيل تخليص مسلم
من الاسر فصار كتخليصه من الاسر بالمال قيل له لا معصية في تخليصه بالمال وتكثير جمع
للمشركين معصية فلا يجوز فعلها لتخليص المسلم والمشهور من مذهب اصحابنا انه لا يجوز
مفاداتهم بالمال وذكر محمد في السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة وضرورة
الي المال وجه قولهم ان الضرر بتخلية الاسري اكثر من الانتفاع بالمال ولانه معصية
فلا يجوز استباحتها لاجل المال كساير المعاصي وجه قول محمد ان النبي صلي الله عليه وسلم
فادا العباس يوم بدر بالمال والجواب ان سورة براءة من اخر ما انزل وكذلك روي بن عباس
ان قوله تعالي اقتلوا المشركين نزلت بعد قوله فاما منا بعد واما فدا وقد ثبت هذا التاريخ
بقول الصحابي ومن اصلنا ان العموم اذا طرا علي الخصوص نسخه وقد قال ابو يوسف
المفاداة بالاسري لا يجوز بعد القسمة وقال محمد يجوز وجه قول ابي يوسف انه بعد القسمة
قد سقط عنهم القتل واستقر فيهم الرق وصار وا من اهل ديارنا فلا يجوز المفاداة بهم
كما لا يجوز لساير اهل ديارنا واما قبل القسمة فهو علي حكم اهل الحرب الا تري ان للامام ان يقتلهم
وجه قول محمد ان حق الاسترقاق متعلق برقابهم قبل القسمة ولم يمنع من المفاداة
فكذلك بعدها وقد قال محمد لو طلب المشركون رجلا من اسرايهم وان يعطوا بدله
رجلا مشركا او رجلين لم يجز لانهم لم يطلبوا ذلك الا لمنفعة لهم ولا غرض لنا في ايصال
المنفعة اليهم ولعلها منفعة تعود الي الحرب قال ولا يجوز المن عليهم وقال الشافعي
لا باس بذلك اذا راه الامام لنا قوله تعالي اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه حاصل
في ايدينا ثبت حق الاسترقاق فيه ولا يجوز اسقاط حق المسلمين عنه كما لا يجوز اسقاط
حقهم

حقهم حق المسلمين عنه كما لا يجوز اسقاط حقهم عن المال ولان في ردهم اعانة لاهل الحرب
بما يختص بالقتال فصار كرد السلاح اليهم فان قيل روي ان النبي صلي الله عليه وسلم من علي ابي
عزة الشاعر يوم بدر قيل له في ذلك الوقت كان يجوز ان يرد اليهم من جا مسلما فمن كان كافرا
اولي وقد نسخ ذلك بقوله تعالي اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقد قال اصحابنا
حكم الاسري ان يقتلوا او يسترقوا والدليل علي جواز قتلهم ان النبي صلي الله عليه وسلم قتل عقبة
ابن ابي معيط يوم بدر ومن علي ابي عزة الشاعر علي ان لا يقاتله فرجع الي مكه ورجع في احد
فاسر فقتله النبي صلي الله عليه وسلم والدليل علي جواز قسمتهم ان الكفار يجوز استرقاقهم
وان لم يكونوا من عبدة الاوثان من العرب فان راي ذلك مصلحة قسمهم كما يقسم ساير الاموال
ومن قتل الاسير قبل القسمة فلا شي عليه لانه مستحق للقتل واذا قسمهم حرمت دماوهم
لان الرق قد استقر فيهم وكذلك ان اسلم الاسير حرم دمه وقسم في الغنيمة لان القتل
عقوبة علي الكفر فيرتفع بالاسلام والاسلام لا ينفي الاسترقاق وقد كان الامام بالخيار
بين القتل والاسترقاق فاذا سقط احد الخيارين بقي الاخر قال واذا فتح الامام بلدا
عنوة فهو بالخيار ان شا قسمه بين المسلمين وان شا اقر اهله عليه ووضع عليهم الخراج
وهو في الاسري بالخيار ان شا قتلهم وان شا استرقهم وان شا تركهم احرارا ذمة للمسلمين
ولا يجوز ان يردهم الي دار الحرب اما جواز القسمة فلما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم
قسم خيبر بين الغانمين ولان الارض مال مغنوم فجاز قسمته كساير الاموال
واما جواز اقرار اهله عليه فلان النبي صلي الله عليه وسلم فتح مكه وترك ما فيها فلم يقسم
وافتتح النبي صلي الله عليه وسلم بني قريظه وبني النظير فلم يقسم شيا منها وافتتح المسلمون
ارض العراق والشام فلم يقسمها اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ووضعوا عليها
الخراج وعلي اهلها الجزية فاذا كان كذلك وراي الامام ان ذلك اصلاحا جاز ان يفعله
اقتدا بالايمة الراشدين لان اهلها اعرف بعمارتها واذا قسمها جاز فيه فكان اقرار اهلها
عليها اولي واما حكم الاسري فقد بينا جواز قتلهم واسترقاقهم واما جواز تركهم بالجزية
ذمة للمسلمين فلما روينا ان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا العراق والشام واقروا
اهلها عليها بالجزية ولانه اذا جاز قسمتهم جاز منّتهم علي ما يجب عليهم من الجزية كما
نترك الارض لما يلزمها من الخراج ولا يجوز ردهم الي دار الحرب لان فيهم معونة لهم

وتقوية بما يعود الى القتال وذلك لا يجوز كما لا يجوز رد السلاح اليهم **قال** واذا اراد العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها وقال الشافعي لا يجوز ذبحها كما اذا لم يقدر على نقلها لان لاهل الحرب يجوز اكله فجاز اتلافه بغير الاكل الطعام ولان الذبح يجوز للاكل ويجوز لاجل الجلد وهذه منفعة يختص بها الانتفاع بادخال الضرر على الكفار اعظم فكان اولى بجواز الذبح فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان الا لماكله قيل له لما ذكرنا الاكل وهو غرض صحيح كما رتبنا على جواز الذبح لكل غرض صحيح وكيد الكافر والحاق الضرر بهم من اكثر الاغراض فان قيل ذو روح فلا يجوز قتله لمغايظة الكفار اصله صبيانهم قيل له الذبح عندنا انما هو منفعة المسلمين ودفع الضرر عنهم فاما ان يكون للمغايظة فلا والمعنى في الصبيان لانه لا يستعان بهم في القتال غالبا والدواب بخلاف ذلك واذا ثبت انها تذبح وانها تحرق بعد الذبح ولا تترك ليبطل على المشركين منفعتهم لحمها وجلدها **قال** ولا يعقرها ولا يتركها اما العقر فلانه مثله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة واما تركها فلا يجوز لان فيه قوة للمشركين وعونا لهم على القتال وما ادى الى هذا فهو ممنوع منه **قال** ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرجها الى دار الاسلام وهذا هو المشهور عنهم وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب جاز والاحب الي ان تخرج الى دار الاسلام فتقسم وقال الشافعي يجوز قسمتها في دار الحرب وجه قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بالمدينة ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يوخرها الا برضا الغانمين لان الحق لهم فلا يجوز تاخيره مع الحاجة الا باذنهم وروي جبير بن مطعم ان النبي صلى الله عليه وسلم حين صدر يوم حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته فقال صلى الله عليه وسلم ردوا علي ردائي اتخافون ان لا اقسم بينكم ما افاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو افاء الله عليكم مثل شجر تهامة نعما لقسمته بينكم ثم لا تجدوني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل قام في الناس فقال ردوا الخيط والمخيط فان الغلول نار وعار وشنار على اهله يوم القيامة ثم تناول بيده شيئا من الارض او وبرة من بعير فقال والذي نفسي بيده ما لي مما افاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود عليكم فاخر عليهم القسمة مع المطالبة فلو جازت لم يوخرها ولان الغانم لا يستقر الحق فيها الا بالحيازة بدليل جواز الانتفاع بالطعام والقسمة لا تجوز الا في حق مستقر كما

أنعم

الوقعة لا يؤدي الى اسقاط حق المدد وفي ذلك يضره على المسلمين و وجوب المكرم عليهم لاجل تاخر المدد فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم بني المصطلق فيها قيل له تلك المواضع فتحت وصارت من دار الاسلام فالقسمة فيها بمنزلة القسمة في المدينة فان قيل كل موضع يجوز الاغتنام اصله دار الاسلام قيل له هناك لا لحاق للمسلمين بذلك انقطاع المدد عنهم فجازت القسمة ودار الحرب بخلافه واما قول ابي يوسف ان قسمها الامام جاز فلانه موضع اجتهاد فاذا حكم الامام فيها باحد وجهي الاجتهاد جاز وقد قال اصحابنا اذا لم يجد الامام ما يحمل عليه الغنائم قسمها على الغانمين ليحملوها ثم يستردها في دار الاسلام ويقسمها فتكون القسمة الاولى قسمة حمل لا قسمة تمليك **قال** والردء في العسكر والمقاتل سواء وهذا الذي ذكره صحيح والمعتبر في استحقاق الغنيمة ان يدخل في القتال بدليل ان يوم بدر اسرع الشباب الى القتال واقام غيرهم وقسمت الغنيمة بين الجميع ولانه لما دخل للقتال صار من اهله فلا يعتبر فعله في الاستحقاق **قال** وان لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها وقال الشافعي اذا لحقوا بعد تقضي الحرب وجميع الغنائم لم يشركهم وان لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل احراز ففيه قولان لنا ما روي ان بني عامر قدما على النبي صلى الله عليه وسلم بحنين بعد تقضي الحرب فاسهم لهما ولما روي ان عمر بن الخطاب كتب الى سعد ان اشرك المدد في الغنيمة ولانه قاصد للحرب فيشاركهم في حيازة الغنيمة الى دار الاسلام فوجب ان يشاركهم في الغنيمة كالردء فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة قيل له هذا الخبر المشهور انه من قول عمر ولو ثبت قلنا قوله لمن حضر هذه اللام ليست لام تمليك لان التمليك لا يثبت بغير تعيين وانما يقتضي ثبوت الحق وعندنا من حضر الوقعة فحقه ثابت في الغنيمة وذلك لا ينفي ثبوت حق من لم يحضرها بدلالة الردء واهل الخمس فان قيل لحقوا الجيش بعد انقضاء الحرب فصار كما لو لحقوهم والعسكر في دار الاسلام قيل له اذا كان القتال في دار الاسلام فيقضي الحرب انما يكون بانصراف اهل الحرب عن دارنا واذا وجد ذلك انعقد امن عودهم في الظاهر فصار كمن لحق العسكر بعد خروج الغنيمة الى دارنا واما اذا انقضت الحرب في دار الحرب ولم يغلب على الدار فكون العدو غير مأمون لانه لا يقاتلهم عن اموالهم وسبيهم اعظم واذا لم يؤمن العود في

الغالب والمدد قد حضر في حالة يحتاج اليه فصار كالو حضر مع بقا الحرب وقد قال
اصحابنا ان حق المدد لا ينقطع الا باحد ثلاث معان احدها ان يخرج المسلمون الغنيمة الى
دار الاسلام لانهم قد استقروها بالحيازة ولهذا من مات منهم انتقل سهمه الى ورثته
واذا استقر الحق بطل المشاركه والثاني ان يقسم الامام الغنيمة في دار الحرب ثم يلحقهم
المدد لانهم قد ملكوها بالقسمة واستقر حقهم فيها فصاروا كمن الاحراز والثالث ان يبيع
الامام الغنيمة في دار الحرب فلا يشركهم المدد في الثمن لان بالبيع قد تقرر ملك الغانمين
فيها بدليل ان البيع لا يجوز الا في ملك مستقر واذا استقر ملكهم لم يشركهم فيه غيرهم
قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد
قوليه يسهم لهم والقول الاخر مثل قولنا لنا انهم لم يحضروا القتال ولا وجد منهم القتال
فلا يستحقون شيا كالمختار موضع الحرب وكالنظارة ولان حال التاجر في الجهاد
انقص من حال المقاتلة لانه قصد التجارة لا القتال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
الاعمال بالنيات واذا انقصت حاله وجب ان لا يساوي المجاهدين كالمراة والصبي
فان قيل قال النبي صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة قيل له المراد به من
شهدها قاصدا لقتال الكفار بدليل ان اهل الحرب قد شهدوها ولا حق لهم فيها
لما لم يحضروا القتال الكفار ولو حضروا وقاتلوا الكفار استحقوا قال واذا امن
رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يجز
لاحد من المسلمين قتلهم والاصل في جواز الامان من الواحد ما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال المسلمون تتكافا دماوهم واموالهم ويسعى بذمتهم ادناهم
وقد روي ان ام هاني اجارت رجلين من المشركين فاراد علي عليه السلام ان يقتلهما
فشكت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما كان له ذلك قد امنا من امنت
واجرنا من اجرت واذا ثبت له جواز الامان لم يجز لاحد ان يتعرض لهم كما لا يجوز اذا امنه
الامام قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم الامام وذلك لان
ما فيه مفسدة ففيه ضرر على المسلمين وليس لاحد ان يفعل ما يضر بالمسلمين واذا
لم يجز وجب ان يعلمهم الامام ان ذلك الامان ليس بصحيح حتى لا يكونوا على غدر
ويكون في معنى الغدر الممنوع عنه قال ولا يجوز امان الذمي ولا الاسير ولا
التاجر

التاجر الذي يدخل عليهم وذلك لان الذمي متهم في حق المسلمين لانه يرغب في تقوية الكفار
واظهار كلمة الكفر فلم ينعقد امانه مع التهمة واما الاسير والتاجر فكل واحد منهما مضطر
الى ما يريد الكفار ليتخلص من ضررهم فصار عقدهم للامان كعقد المكره ولان اهل الحرب
في امان منهم قال ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال
وقال ابو يوسف ومحمد يصح امانه وبه قال الشافعي لنا انه عقد بدليل افتقاره الى الايجاب
والقبول وعقود العبد لا يصح لما فيها من اسقاط حق مولاه فلان لا يجوز عقد الامان اولى
لما فيه من اسقاط حق مولاه وحق جماعة المسلمين ولا يشبه الحر لانه لا يصح عقده في حق
غيره ويصح امانه لان الحر يعقد الامان في حق نفسه لانه يملك التصرف فاذا صح في حق
نفسه وهو لا يتبعض ثبت في حق المسلمين من طريق الحكم كاحد الشركا في دم العمد اذا
عفا والعبد يعقد في حق غيره من غيره بدليل انه لا يسهم له مع كمال الغناية
في القتال فدل على انه لا حق له في هذا العقد والعاقد في حق غيره من غير ولاية ولا اذن
لا ينفذ عقده ولا يلزم المراة لان المانع من الاسهام لها ان الغنا لا يقع بغناها ولا
يلزم الا ان المانع من الاسهام لها ولا ينفذ لاجل التهمة كالولي اذا عقد مع التهمة
ولانه معنى يوجب اسقاط حق الاسترقاق فلا يملكه العبد بنفسه اصله العتق
وجه قولهما ما روي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
ويسعى بذمتهم ادناهم والمراد به العبد هكذا فسره ابو عبيد الجواب ان الخبر
لا يتناول العبد لانه قال وهم يد على من سواهم والعبد لا يد له على غيره وقال
تتكافا دماوهم وهو العبد لا يكافي دم الحر عند المخالف وعندنا يبدل دمه
ولا يكافي دية الحر والخبر يقتضي ادنى الاحرار وهم الموالي ومن قلت عشيرته ويكون
هذا ردا على الجاهلية لما كانوا لا يعتدون بامان من لا عشيرة له واما قول
ابي عبيد فانما هو حجة في اللغة اذا حكاها فاما في الاحكام فحاله كحال المخالف
فان قيل معتقد للامان فوجب ان يصح منه الامان كالحر قيل له مجرد الايمان لا يدل
على صحة العقد بدليل سائر عقوده والمعنى في الحر انه يصح عفوه عن دم العمد واسقاط
القتل فيملك اسقاط القتل عن الحربي والعبد بخلافه فاما اذا اذن له مولاه في
القتال فقد صار من اهل القتال بالاذن فصح امانه فان قيل لا يخلو جواز

امانة اما ان يكون بلا اذن من المولي او لانه علي صفة يصح امانه قبل الاذن في القتال
لا يجوز أن يكون بالاذن من المولي لانه عقد ترك القتال والاذن في القتال لا يكون
اذنا في الترك كالاذن في البيع لا يكون اذنا في الاقالة والاذن في قبض الدين لا
يكون اذنا في البراة قيل له العبد من اهل القتال باسلامه والحجر يمنعه منه فاذا اذن
المولي سقط حقه بالاذن فجاز له الامان لا بالاذن لكن باسلامه يبين ذلك ان الكافر
اذا اذن له في القتال لم يصح امانه لانه لا اسلام له ويجوز ان يقال ان الامان يستفاد
بالاذن لان الماذون في القتال ماموربالاقدام في موضع الانهزام وبالاحكام في موضع
الاحكام اذا كان فيه مصلحة والامان ضرب من الاحكام عن القتال ويدل علي انه لا يمتنع
ان يستفاد بالاذن في القتال الامان وان خالفه كما ان المولي ياذن للعبد في التجارة
ومقصوده الاكتساب ويجوز اقرار العبد بالدين وفيه ابطال الاكتساب والوكيل
بالشرا يرد بالعيب وهو ضد التمليك الماذون فيه **قال** وان غلب الترك علي الروم
فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان مال الحربي علي اصل الاباحة والمباح
يملكه من اخذه ولما روي ان المغيرة بن شعبة خرج مع قوم من المشركين الي النبي
صلي الله عليه وسلم ليسلموا فاستغفلهم في بعض الطريق وقتلهم واخذ اموالهم
وحملها الي النبي صلي الله عليه وسلم فقال صلي الله عليه وسلم اما الاسلام
فقد قبلنا ه واما المال فما له عذر ولا حاجة لنا فيه ولم يامر برده علي ورثتهم
قال فان غلبنا علي الروم حل لنا ما نجده من ذلك لما بينا انهم قد ملكوه فصار
كما لهم الاصلي **قال** واذا غلبوا علي اموالنا واخذوها واحرزوها بدارهم
ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لنا ما روي تميم بن طرفة ان رجلا اصاب
له العدو بعيرا فاشتراه منهم رجل فجا به فعرفه صاحبه وخاصمه الي النبي صلي الله
عليه وسلم فقال له ان شيت اعطيته ثمنه الذي اشتراه به وهو لك والا فهو له
ولما رواه ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له كان المسلمون اصابوه فقال صلي الله
عليه وسلم ان اصبته قبل ان يقسم فهو لك وان اصبته بعد القسمة خذه بالقيمة
وروي عن ابي بكر وعمر وابي عبيدة وزيد بن ثابت وابن عمر وغيرهم مثل قولنا
ولان الحيازة والغلبة سبب للملك يعود الي فعل ادمي فجاز ان يملك به علي المسلم

كالشرا ولان كل طايفتين يملك احداهما علي الاخري بالقهر والغلبة فان الاخري يملك عليها بذلك
اصله الترك والروم فان قيل روي عن عمران بن الحصين انه قال سبيت امراة من الانصار
وكان ناقة النبي صلي الله عليه وسلم قد اصيب قبل ذلك فانفلتت المراة ذات ليلة من
الوثاق فجعلت كلما اتت بعيرا فمسته رغا فتركته حتي اتت الناقة فمستها فلم ترغ فقعدت
علي عجزها ثم صاحت بها فانطلقت فطلبت من ليلتها فلم يقدروا عليها فجعلت لله عليها ان نجاها
الله ان تنحرها ثم اتوا النبي صلي الله عليه وسلم فاخبروه فقال بيس ما جزيتها لها لا وفا
لنذر في معصية ولا نذر فيما لا يملكه ابن ادم واخذ ناقته ولو ملكوها بالقهر لملكتها المراة
عليهم ويصح نذرها قيل له عندنا انما يملكون بالغلبة والحيازة الي دارهم ولا نعلم انهم بلغوا
فاخذوه الي دارهم وحكاية الفعل اذا احتملت سقطت وهذا هو الظاهر الا تري
انهم لو جعلوا في دارهم لتعذر علي المراة الخلاص منهم فان قيل فهو محظور فلا يملك به
اصله اذا غصب المسلم من المسلم قيل له يبطل بالمسلم اذا دخل اليهم بامان فاخذ اموالهم
غصبا ولان الاسباب المحظورة يجوز ان يقع بها الملك كالمشتري علي سوم اخيه وكالبيع
عند اذان الجمعة ووطي الاب جارية الابن **قال** فان ظهر عليها المسلمون فان وجدها قبل
القسمة فهي لهم بغير شي وان وجدوها قبل القسمة واخذوها بالقيمة ان احبوا
وقال الشافعي يوخذ في الوجهين بغير شي دليلنا ما روي ابن عباس ان رجلا وجد
بعيرا له اصابه المسلمون فقال له النبي صلي الله عليه وسلم ان اصبته قبل القسمة
فهو لك وان وجدته بعد القسمة خذه بالقيمة ولان حق الرد مستحق علي جميع
المسلمين واذا وجدوه قبل القسمة فقد حصل لهم بغير عوض والرد مستحق
عليهم فلزمهم الدفع المستحق فاما بعد القسمة فقد حصل لهم بعوض وهو نصيبه
من المغنم الذي سلم للغانمين ولم يستحق عليه بدل المال في الرد وانما استحق
عليه الرد فلذلك وجب عليه ان يغرم له العوض الذي ليس يستحق واما الشافعي
فبنا علي اصله انه لا يملك علينا اهل الحرب اموالنا بالغلبة فيكون باقيا علي ملك
صاحبه فياخذه بغير شي **قال** وان دخل الي دار الحرب تاجر واشتري ذلك
واخرجه الي دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شا اخذه بالثمن الذي اشتراه
التاجر به وان شا ترك وذلك لانه سلم له ذلك بعوض والرد مستحق عليه وبدل

العوض ليس بمستحق فلذلك رجع بالقيمة **قال** ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك وذلك لان ما لا يملك بعضنا على بعض بالعقود لا يملكه اهل الحرب بالغلبة علينا كاحرارنا فان قيل لما ملكنا عليهم بالغلبة لم يختلف بين احرارهم وعبيدهم ومدبريهم كذلك يجب ان يكونوا لو ملكوا علينا قيل له لما جاز ان يملك بعضهم بعضا بالغلبة وان كان حرا جاز ان يملك عليهم ذلك ولما لم نملك احرارنا لم يجز ان يملكهم علينا **قال** واذا ابق عبد المسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وقال ابو يوسف ومحمد يملكون العبد ايضا وجه قول ابي حنيفة ان العبد ما دام في دار الاسلام فحكم يد المولي ثابته عليه ولهذا لو وهبه لابنه الصغير جاز فاذا فارق دار الاسلام الي اول جزء من اجزاء دار الحرب زالت يد المولي عنه لاستحالة ثبوت يده عليه في دار الحرب ولهذا لو وهبه لابنه الصغير لم يجز واذا حصل في يد نفسه بمفارقة دار الاسلام فقد احرز من يد نفسه وهي يد لا يتعلق بها حكم التمليك فصار كمن اشتري من العبد او استوهب وجه قولهما ان العبد مال يجوز تمليكه فصار كالبعير اذا ند اليهم الجواب ان يد المالك لما زالت عن البعير ولم يكن له يد في نفسه كانت اول يد سبقت اليه بزوال يد المسلم وهي يد الكافر فجاز ان يملكوه والعبد يحصل في يد نفسه علي ما بيناه ثم ينتقل الي ايديهم من يد لا يتعلق بها التمليك فلا يملك **قال** واذا لم يكن للامام حموله تحمل عليها الغنايم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الي دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وذلك لما بيناه ان الغنيمة لا يجوز قسمتها في دار الحرب فلم يمكن بد من نقلها الي دار الاسلام فاذ لم يوجد ما تحمل عليه كلف الغانمين حملها لانه نقل تعود منفعته اليهم فيفعله لحقهم **قال** ولا يجوز بيع الغنايم قبل القسمة وجملة ذلك ان حق الغانمين يثبت في الغنيمة بالاخذ ويستقر بالحيازة الي دار الاسلام ويملك بالقسمة والدليل علي انه لا يستقر قبل الحيازة ان المدد لو لحقهم شاركهم وهذا من استقرار حقهم فاذ اخرجوا الي دار الاسلام انقطع حق المدد فيه فاستقر حقهم ولم يملكوا ابدا ليل ان الامام له تدبير في

في الغنيمة الا تري انه يجوز ان يقرهم علي الكفر بالجزية وان يسترقهم بحسب ما يرى من الصلاح وجواز التصرف يمنع من ملكهم واذا ثبت بهذا ان الملك للغانمين لا يحصل قبل القسمة لم يجز البيع فيما هو غير مملوك له **قال** ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة وقال الشافعي اذا مات بعد تنقضي الحرب فحقه لورثته لنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال فيمن مات من الغانمين قبل احراز الغنيمه بدار الاسلام فلا شي له ولانه مات في حال يجوز الانتفاع بالعلف والطعام فصار كما لو مات قبل تنقضي الحرب فان قيل لو مات قبل قسمة الغنيمة ورث واذا مات قبل قسمتها وجب ان يورث اصله في دار الاسلام قيل له اذا قسمت فقد تعين حق الغانمين فيها وملكها فينتقل بالميراث وقبل القسمه لم يتعين له حق ولا حصلت الحيازة بدار الاسلام فصار كحق القتال **قال** ومن مات منهم قبل اخراجها الي دار الاسلام فنصيبه لورثته وذلك لان حقهم قد استقر بالحيازة والحقوق المستقرة التي فيها يتعين المال ينتقل الي الوارث كالرد بالعيب واذا انتقل الحق الي الوارث قام مقام الميت عند القسمة **قال** ولا باس ان ينفل الامام في حال القتال ويحرض بالنفل علي القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول لسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس والدليل علي جواز ذلك قوله تعالي يا ايها النبي حرض المومنين علي القتال وقد يكون التحريض بالنفل فدل الظاهر علي جوازه وقد روي ان النبي صلي الله عليه وسلم نفل يوم بدر فقال من قتل قتيلا فله سلبه ومن اخذ شيا فهو له ولان الشجعان يرغبون في النفل فيخاطرون بانفسهم وفي ذلك مصلحة للمسلمين وما عاد الي مصلحة المسلمين فهو جايز ثم تبين بعد انواع النفل فمنها ان يقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية لكم الربع بعد الخمس ومعناه ان لكم ربع الغنيمة بعد اخراج خمسها ينفردون بذلك دون ساير الغانمين **قال** ولا ينفل بعد احراز الغنيمة الا من الخمس لان بالاحراز تعلق به حق جماعتهم وثبت فيه فلا يجوز للامام ان يسقط حق بعضهم عنها وقبل الاحراز حقهم غير ثابت فجاز ان ينفل فاما الخمس فليس للغانمين فيه حق وامر الامام فيه نافذ فينفل منه **قال** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي اذا قتل المسلم وهو ممن يسهم له كافرا مقبلا لا مدبرا فله سلبه شرط

الاما مر ذلك ام لا يشرط لنا قوله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه فاضاف
الغنيمة الي جميع الغانمين وهذا يمنع انفراد الواحد بشي وروي ان رجلا سال
النبي صلي الله عليه وسلم وهو بوادي القري عن المغنم فقال يا رسول الله لمن المغنم
فقال لله سهم ولهولا اربعة اسهم فقال الرجل هل احد احق بشي من المغنم دون
اخر فقال لا حتى السهم ياخذه احد من جنبه فليس باحق به من اخيه ولانه مال للمقتول
فلا يستحقه القاتل بقتله اصله كغير السلب فان قيل قال النبي صلي الله عليه وسلم
من قتل قتيلا فله سلبه ولم يفرق بين ان يكون شرط الامام او لم يشرط ولان النبي
صلي الله عليه وسلم قال ذلك بعد تقضي الحرب وجمع الغنيمة فدل علي ان السلب
يستحق بالشرع لا بالشرط قيل له قوله من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل ان يكون قاله
شرعا ويحتمل ان يكون قاله شرطا وهو علي كلا الامرين فليس حمل اللفظ علي احدهما
اولي من الاخر وهذا كقوله صلي الله عليه وسلم من القي سلاحه فهو امن ومن تعلق
باستار الكعبة فهو امن ولم يدل علي بيان الشرع فاما قوله ان النبي صلي الله عليه وسلم
قال ذلك بعد انقضا الحرب فليس بصحيح لان النبي صلي الله عليه وسلم شرط ذلك
في حال الحرب وروي انس ان النبي صلي الله عليه وسلم قال يوم هوازن من قتل
مشركا فله سلبه فقتل ابو طلحة يوميذ عشرين واخذ اسلابهم وهذا يدل ان النبي
صلي الله عليه وسلم شرط ذلك قبل قتل ابي طلحة فان قيل مال يوخذ من الغنيمة فلا
يفتقر تقديره الي اجتهاد الامام فلا يقف استحقاقه علي شرطه كالفارس والراجل
قيل له المعني في الاصل انه لما لم يقف علي اذن الامام استحقاه قاتلا او لم يقاتلا ولما
لم يستحق في مسئلتنا السلب من غير تقديره لم يستحق الا بالشرط كالنفل وقد قال
الشافعي رحمه الله اذا قال الامام من اصاب شيا فهو له فقد اخطا ومن اصاب
شيا فهو لجماعة المسلمين وهذا لا يصح لان النبي صلي الله عليه وسلم قال يوم بدر
من اخذ شيا فهو له وروي عن حبيب بن مسلمة ان النبي صلي الله عليه وسلم نفل في بدايته
الربع وفي رجعته الثلث ولانه تحريض علي القتال فجاز ان يشرط في مقابلته كالسلب
فان قيل قال الله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه وهو عام قيل له ما شرطه
الامام نفلا فهو مضاف الي المشروط له فلا يضاف الي الجماعة فلا تتناوله الاية

فان قيل من استحق شيا او جزوا من الغنيمة بغير شرط الامام لم يسقط بشرط الامام اصله
اذا شرط لغير الغانمين قيل له غير الغانمين لا ينفرد دونهم بالاسلاب فلم يستحقوا غير
الاسلاب بالشرط والغانمين بخلاف ذلك **قال** والسلب ما علي المقتول من ثيابه
وسلاحه ومركبه وذلك لما روي عوف بن مالك ان رجلا رافقهم في غزوة موته وان روميا
كان شرا علي المسلمين ويغري بهم فتلطف له ذلك الرجل وقعد له تحت صخرة فلما مر به
عرقب فرسه وخر الرومي لقفاه وعلاه بالسيف فقتله فاقبل بفرسه وسرجه ولجامه
وبسيفه ومنطقته وسلاحه مذهب بالذهب والجواهر الي خالد بن الوليد فاخذ
طايفة ونفله بقيته قال عوف فقلت يا خالد ما هذا الم تعلم ان رسول الله صلي الله
عليه وسلم جعل للقاتل السلب كله قال بلي ولكني استكثرته ثم عرف رسول الله صلي
الله عليه وسلم فامره ان يدفع اليه بقية سلبه **قال** واذا خرج المسلمون من دار
الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها ومن فضل معه علف او طعام رده الي
الغنيمة وذلك لانا اجنا لهم الانتفاع بذلك لاجل الحاجة اليه فاذا حصلوا في دار الاسلام
زالت الحاجة فلا يجوز لهم الانتفاع بشي منه ويرد ما بقي معه لتعلق حق الجماعة به **قال**
ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين والاصل
في ذلك قوله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه فاضاف الغنيمة اليهم واستثنا
الخمس فدل علي ان الباقي يكون لهم ولما روي ان رجلا سال النبي صلي الله عليه وسلم بوادي
القري فقال يا رسول الله لمن الغنيمة فقال لله سهم ولهولا اربعة اسهم ولان النبي
صلي الله عليه وسلم قسم الاربعة الاخماس بين الغانمين **قال** للفارس سهمان وللراجل
سهم وقال ابو يوسف ومحمد للفارس ثلاثة اسهم وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة
حديث ابن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهم وروي في حديث
مجمع بن يعقوب بن مجمع عن ابيه عن جده قال شهدت خيبر مع رسول الله صلي الله
عليه وسلم وكانت السهام علي ثمانية عشر وكانت الخيل ثلثماية فرس والرجالة الف
وثمانين رجل فاعطا رسول الله صلي الله عليه وسلم للفارس سهما وللفرس سهما ولان
الانتفاع بالفارس اكثر من الانتفاع بالفرس الا تري ان الفارس يقاتل وان لم يكن له فرس
والفرس لا يقاتل بنفسه فاذا لم يستحق الادمي اكثر من سهم فالفرس اولي وجه قولهما

حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للفارس ثلثة اسهم سهم له وسهمان للفرس
الجواب انا قد روينا عنه خلاف ذلك فتوقف الاحتجاج به فان قيل في حديث ابن عباس ان
النبي صلى الله عليه وسلم جعل للفارس ثلثة اسهم قيل له هذا لا يصح الاحتجاج به لان خيبر
كانت غنايمها لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة فيعطي منها من شاء ثم لو تعارضت
الاخبار تساوت والاصول لا يقتضي التفضيل وكذلك ظاهر القران وهو قوله تعالى واعلموا
انما غنمتم من شي فان لله خمسه فاضاف الغنيمة اليهم وهذا يقتضي التساوي ولانه اله فلا
يستحق بها كسائر الالات فاذا وجدنا اخبارا يقتضي التفضيل اثبتنا منها المقدار المتفق عليه
واسقطنا الزيادة عليه لتعارض الاخبار فيها **قال** ولا يسهم الا لفرس واحد وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وجه
قولهم ما روي ان الزبير بن العوام حضر خيبر بافراس فلم يسهم له النبي صلى الله عليه وسلم
الا لفرس واحد ولان ما زاد على فرس واحد لا يحتاج اليه في القتال فصار كالثالث
وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم يوم خيبر لفرسين ولان
الفرس الثاني يحتاج اليه في القتال اذا اعيا فرسه فوجب ان يسهم له كما يسهم للاول
والجواب ان القياس يمنع من الاسهام للخيل وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يسهم للزبير الا لفرس واحد وروي انه عليه السلام يوم خيبر اسهم لفرسين فاثبتنا
من ذلك ما اتفقنا عليه واسقطنا ما تعارضت فيه الاخبار ونفيناه على اصل القياس
قال والبراذين والعتاق سوا ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين دليلنا ان اسم
الخيل يتناول الجميع فتساوت في الاسهام ولان البراذين قد ينتفع من وجه لا ينتفع بالعتاق
الا ترى ان العتق يصلح للطلب والهرب والبراذين اثبت على حمل السلاح واكثر انعطافا
في القتال واذا كان في كل واحد منهما منفعة يختص بالقتال تساويا فان قيل قد روي
ان الخيل اغارت على الشام وعلى الناس رجل من همدان فادركت العراب من يومها وادركت
البراذين من الغد فقال لا اجعل من ادرك كمن لم يدرك وكتب الى عمر رضي الله عنه
فانكر ذلك ثم قال امضوها قيل له هذا لا دليل فيه لان الامير قد حكم في موضع
يسوغ فيه الشرع فلهذا لم يفسخ حكمه عمر **قال** ولا يسهم لراحله ولا بغل وذلك
لانها اله لا يستحق صاحبها لاجلها شي كسائر الالات وانما تركوا القياس في الفرس

الخيل

للخبر وما سواه على اصل القياس ولانه لم يرو ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لاجل البغل والرا حله
قال ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم فارس ومن دخل راجلا فاشترى
فرسا فله سهم راجل والمعتبر عندنا بحال الدخول وقال الشافعي المعتبر في استحقاق
السهم حال تقضي الحرب فمن لا فرس معه في ذلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه
فرس يمكنه القتال عليه فله سهم فارس وان دخل راجلا لنا قوله تعالى وما افا الله على
رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب فدل على ان سبب الاستحقاق هو الايجاف
ولان المقصود بالخيل ما يحصل من ارهاب العدو وقد قال الله تعالى واعدوا لهم
ما استطعتم به من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم والارهاب
يحصل بدخولهم ولان العدو في تلك الحال يستعلم عدد الخيل والرجال واذا
حصل المقصود من الخيل استحق السهم ولم يسقط الا باسقاط مستحقه ولان الامر
اما ان يعتبر فيه الطرف الاول وهو حال الدخول او القتال او الطرف الثاني
وهو حال تصرم القتال او صفة التمكن من القتال ولا يجوز اعتبار القتال
لان من ربط فرسه وقاتل راجلا استحق سهم فارس ولا يجوز اعتبار القتال لان من
التمكن من القتال بدليل ان المستعير يتمكن من القتال على فرس ولا يستحق سهم فارس فلم
يبق الا اعتبار الطرف الاول فان قيل استحقاق الادمي اكد من استحقاق الفرس
ولو مات الفارس قبل تقضي الحرب لم يستحق شيا كذلك اذا مات فرسه قيل له اذا
مات الفارس فقد عدم المستحق حال الاستحقاق والموت يمنع من انتقال الملك
فلم يجز ان يسهم له وموت الفرس لا يمنع من انتقال الملك الى الفارس واذا كان المستحق
باقيا لم تبطل الاستحقاق بموت البايع له فان قيل لو كان المعتبر بحال الدخول
يوجب اذا دخل الصبي او الذمي ثم بلغ الصبي واسلم الذمي ان لا يستحق اعتبارا بحال
الدخول فان بلغ الصبي او اسلم الكافر بعد تقضي الحرب رضخ لهما ولم يسهم اعتبارا
بحال الدخول فاذا بلغ قبل القتال استحق السهم لانه دخل وليس من اهل القتال
ولا من اهل السهم فاذا قاتل بعد كان له كما لو لحق في هذه الحال ولحقا بالعسكر واما
الراجل فقد دخل وهو من اهل القتال والسهم فاعتبر حال دخوله **قال** ولا
يسهم لمملوك ولا امراة ولا ذمي ولا صبي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى

الامام وذلك لما روي ابو هريرة ان النبي صلي الله عليه وسلم كان لا يسهم للعبيد والنسا
والصبيان وروي انه قال لا تجعلهم كاهل الجهاد وروي بن عباس انه يرضخ للعبد والمراة
قال واما الخمس فيقسم علي ثلاثه اسهم سهم لليتامي وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل
والدليل علي ذلك ما روي الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم علي عهد رسول
الله صلي الله عليه وسلم علي خمسة اسهم لله وللرسول ولذي القربي سهم ولليتامي وللمساكين
سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي علي ثلثة اسهم لليتامي سهم
وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم قال يدخل الفقرا ذوي القربي فيهم ويقدمون
ولا يدفع الي اغنيايهم شي وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم
ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون بني امية وبني
نوفل لنا ما رويناه عن الخلفا انهم قسموا الخمس علي ثلثة اسهم ولو كان لذوي القربي سهم
لم يكن لهم اسقاطه وروي ان ابا نجدة الحروري كتب الي ابن عباس يسيله عن الخمس لمن
هو فكتب اليه يزعم انه لنا ويزعم قومنا انه ليس لنا وعن محمد بن اسحق قال
سالت ابا جعفر محمد بن علي كيف كان يصنع علي في الخمس حين ولي العراق قال
سلك به سبيل ابي بكر وعمر قال وانتم تقولون قال والله ما كان اهله يصدرون
الا عن رايه قلت فما منعه قال كره ان يدعا عليه خلافهما ولو كان حقا للاغنيا لم يستحلوا
وان خالف رايهما وايضا فقد اتفقوا اهل السيرة ان النبي صلي الله عليه وسلم قسم غنايم
هوازن ولم يدفع منه الي هاشمي شيا وقسم خيبر ولم يجعل للعباس عمه شيا ولم
لفاطمه بنته ولم يسهم لبنته زينب ولا لام كلثوم ولو كان حقا لهم لم يجز له منعه
منهم كما لا يمنع الغانمين حقهم وروي عبد الرحمن بن ابي ليلي عن علي رضوان الله عليه
ان فاطمة عليها السلام اتت النبي صلي الله عليه وسلم وقد بلغها انه اتاه سبي لها
خادما فلم يلقه ولقيتها عايشة فاخبرتها فلما جا النبي صلي الله عليه وسلم اخبرته بذلك
وقد اخذنا مضاجعنا فذهبنا لنقوم فقال مكانكما وقعد بيننا وقال الا ادلكما علي خير مما
سالتما تكبران الله اربعا وثلثين تكبيرة وتسبحانه ثلثا وثلثين تسبيحه وتحمدانه ثلاثه
وثلاثين اذا اخذتما مضاجعكما فانه خير لكما من خادم ولانه لا شبهة لمن نظر في السير
من غير ان النبي صلي الله عليه وسلم لم يسو بينهم قط ولا اعطا للذكر مثل حظ الانثيين فدل

في بطلان

علي بطلان ما يقولونه فان قيل قال الله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربي فاثبت لهم حقا بلام التمليك وذلك يفيد الاستحقاق قيل له الظاهر يدل
علي استحقاق ذوي القربي وليس فيها قربي النبي صلي الله عليه وسلم ولا قربي المسلمين
بل الظاهر قربي المسلمين لان الله تعالي في كل موضع ذكر ذوي القربي اراد به قربي المسلمين
ولان الخطاب للمسلمين قال الله تعالي وقاتلوهم حتي لا تكون فتنة ولان الاموال
المضافة الي الله تعالي هي المرصدة لقرب المعدة لها وقد بينا ان النبي صلي الله عليه وسلم
يدفع اليهم ودفع الي غيرهم فدلت الاية علي ما نقوله من انه لا يسهم لهم وانما يستحقون
كما يستحقه ساير الغانمين قال واما ذكر الله تعالي في الخمس فانما هو لافتتاح الكلام
تبركا باسمه وذلك لما روي سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سالت الحسن بن محمد
عن قول الله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه قال هذا مفتاح كلام الله
الدنيا والاخرة قال وسهم النبي صلي الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي
به وقال الشافعي هو للامام بعده ومنهم من قال يجعل في الكراع والسلاح دليلنا
ما روي عمرو بن عتبة قال صلي النبي صلي الله عليه وسلم الي جنب بعير من الغنيمة فلما سلم
اخذ وبرة من جنب البعير ثم قال لا يحل لي من غنايمكم مثل هذه الا الخمس والخمس مردود
فيكم وهذا يدل علي انه يرجع الي الجماعة وهذا لا يكون الا علي قولنا ولانه عليه السلام
كان يستحق من الغنيمة الصفي والخمس فاذا سقط الصفي بموته كذلك الخمس ولان ذلك
السهم لو كان باقيا لافرده الايمة بعده وصرفوه الي وجوهه ولو فعلوا ذلك لنقل من
طريق الاستفاضة قال الحسن بن محمد ثم اختلف في هذين السهمين بعد وفاة
النبي صلي الله عليه وسلم وسهم ذوي القربي وقال قايل منهم سهم ذوي القربي لقرابة
الخليفة من بعده وقال قايل منهم لقرابة الرسول صلي الله عليه وسلم وقال
قايل منهم سهم الرسول للخليفة فاجمع رايهم ان جعلوا هذين السهمين في الخيل والعدة
في سبيل الله وكانا علي ذلك الي خلافه ابي بكر وعمر فقد ذلك انما حق قال
وسهم ذوي القربي كانوا يستحقونه في زمن النبي صلي الله عليه وسلم بالنصرة وبعد
النصرة وقال الشافعي يستحقونه بالاسم والدليل علي ما قلناه ان النبي صلي الله عليه
وسلم اعطي بني المطلب وحرم بني امية وهم اليه اقرب لان امية اخو هاشم لابيه وامه

والمطلب اخوه لابيه ولو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنوا امية اولي وعن سعيد بن
المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم عن ابيه انه قال لما وضع رسول الله صلي الله عليه وسلم
سهم ذوي القربي في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس انطلقت انا
وعثمان ابن عفان الي النبي صلي الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله هولا بنو هاشم لاينكر
فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وانما
واحدة فقال صلي الله عليه وسلم انهم لا يفارقوني في جاهلية ولا اسلام وانما بنوا المطلب
وبنو هاشم كشي واحد وشبك بين اصابعه فدل هذا الخبر ان الاستحقاق كان بغير القرابة
ولهذا الخبر قال ابو بكر الرازي انهم كانوا يستحقونه في زمن النبي صلي الله عليه وسلم
بالنصرة فان قيل روي عبد الرحمن بن ابي ليلي قال سمعت عليا عليه السلام يقول ١
اجتمعت انا والعباس وفاطمة بنت رسول الله صلي الله عليه وسلم وزيد بن حارثة
عند رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال العباس يا رسول الله كبر سني ودق عظمي
وركبتني مؤونة فان رايت ان تامر لي بكذا وكذا وسقا من الطعام فافعل قال ففعل ذلك
ثم قالت فاطمة عليها السلام يا رسول الله انا منك بالمنزلة التي علمت فان رايت
ان تامر لي كما امرت لعمك فافعل ففعل ثم قال زيد بن حارثة يا رسول الله كنت اعطيتني
ارضا اعيش بها ثم قبضتها مني فان رايت ان تردها علي فافعل قال ففعل ثم قال علي عليه
السلام فقلت يا رسول الله ان رايت ان توليني حقنا من الخمس في كتاب الله عز وجل فاقسمه
في حياتك حتي لا ينازعنيه احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك قال فقسمته حياة رسول
الله صلي الله عليه وسلم ثم ولانيه ابو بكر ثم ولانيه عمر فقسمته حياة عمر حتي كان اخر سنة
من سني عمر فاتاه مال كثير من الاهواز والسوس فعزل حقنا ثم ارسل الي فقال هذا
حقكم فخذه واقسمه حيث كنت تقسمه فقلت بنا العام عنه غنا وبالمسلمين الان حاجة فارده
عليهم ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال
يا علي حرمتنا الغداة شيا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فدل هذا الخبر علي ثبوت السهم
وعلي انه لا يسقط بموت النبي صلي الله عليه وسلم وعلي انه قيل انما رد الي علي رضي الله عنه
التدبير والقسمة الذي كان اليه صلي الله عليه وسلم وقد كان له ان يسوي بينهم وكان
له ان يمنع بعضهم علي ما رويناه وهذا يمنع ان يكون علي طريق الاستحقاق ولان علي عليه

السلام

السلام بين انهم يستحقونه بالحاجة الا تري انهم لو استحقوه بالاسم لم يجز له اسقاط حقهم بغير
رضاهم وعن عبد الله بن الحسن قال لما منعنا الصدقة جعل بدلها سهم ذوي القربي وهو
خمس الخمس ومعلوم ان الصدقة حرمت علي فقرايهم فدل ان خمس الخمس ومعلوم ان الصدقة حرمت
عليه وهذا يمنع من استحقاقه بالاسم والقرابة **قال** واذا دخل الواحد او الاثنان الي دار
الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس وقال الشافعي يخمس لنا انه مباح ماخوذ
بغير سبب مقابلة فلا يخمس كالحطب ولان العدد اليسير لا يدخلون لاعزاز الدين وانما
يدخلون لاكتساب الاموال فصاروا كتجار العسكر فان قيل قال الله تعالي واعلموا انما
غنمتم من شي فان لله خمسه قيل له اسم الغنيمة عند العرب يتناول المال الماخوذ بالقهر
والغلبة وما ياخذه اللص يسمي سرقة وما ياخذه الواحد يسمي خلسة فان قيل كل طايفة لو دخلت
باذن الامام خمس ما اخذت كذلك اذا دخلت بغير اذنه كالجماعة قيل له ما ياخذه الجماعة
هو ماخوذ بظهر المسلمين بدليل انهم لا يجوز لهم ترك نصرتهم اذا احتاجوا فلذلك ما
اخذوه وليس كذلك الواحد لان ما ياخذه ليس ياخذه بظهرهم بدليل انه لا يلزم نصرتهم
به واما اذا دخل الواحد والاثنان باذن الامام فالمشهور من الرواية انه يخمس ما اخذه لان
الامام اذا انفذهم فقد التزم نصرتهم بامدادهم بمن يخلصهم فصار ما ياخذه بظهر
الجماعة فيخمس كالخمس مما ياخذه الجيش العظيم وقد روي عنهم رواية اخري انه لا يخمس
لان من لا منعة له من العدو ولا يقدر علي مغالبة الكفار وقهرهم فالماخوذ ليس من الغنيمة
بل هو ماخوذ علي وجه التلصص فلا يخمس **قال** وان دخل جماعة لهم منعة فاخذوا
شيا خمس وان لم ياذن لهم الامام وذلك لان ما ياخذونه يسمي غنيمة الا تري انه ماخوذ
علي وجه القهر والغلبة فيدخل تحت قوله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه
ولان ما ياخذه الجماعة التي لها منعة هو ماخوذ بظهر المسلمين بدليل انه يلزم الامام
نصرتهم وان كانوا دخلوا بغير اذنه لان في ترك نصرتهم وهنا علي المسلمين وما اخذ
بظهر المسلمين يجب فيه الخمس **قال** واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له
ان يتعرض لشي من اموالهم ولا من دمايهم لان غدرهم ولو اخذ شيا وخرج به الي دار
الاسلام ملكه ملكا محظورا ويومر ان يتصدق به والاصل في ذلك قصة المغيرة
ابن شعبة حين صحب قوما في الجاهلية فقتلهم واخذ اموالهم وجا الي النبي صلي الله

عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم اما الاسلام فقد قبلت منكم واما المال فهو مال غدر فلا
حاجة لنا فيه ولم يامر برده على ورثة المقتولين فدل ذلك على انه ملكه على وجه محظور لانهم
مكنوه من الدخول على شرط ان لا يتعرض لهم بشي ولا يجوز للمسلم ان يخفروا الامان ومال
الحربي وان كان محظورا بالامان لا يمنع من وقوع الملك لمن اخذه على وجه الغلبة الا ترى ان اموالنا
محظورة عليهم ويملكونها بالغلبة الا انه يجب ان يفتي المسلم فيما بينه وبين الله تعالى ان يرد
عليهم ما اخذ منهم لانه مال غدر وانما قلنا يتصدق به لانه مال حصل له من وجه محظور
فلم يسعه الانتفاع به ولزمه التصدق به كشاة الانصار قال واذا دخل الحربي الينا
مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت
عليك الجزية والاصل في ذلك ان المستامن لا يتركه الامام ان يقيم في دار الاسلام اقامة
دايمة لان الشرع انما ورد بجواز اقامته اذا ادى الجزية او استرق فاما ان يقيم كافرا
في دارنا اقامة دايمة على غير هذين الوجهين فلا ولان في اقامته مضرة على المسلمين لجواز
ان يقف على امورهم فلا يومن ان يدل عليهم العدو فلا يجوز للامام ان يفعل ما يودي الى
ذلك واذا ثبت هذا قلنا المدة اليسيرة لا يمنع منها لقوله تعالى وان احد من المشركين
استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مامنه ولان في منعهم اضرارا بالمسلمين
لانقطاع السبيل والجلب فيجوز مقامهم بقدر الحاجة واذا ثبت ان المقام الطويل لا يجوز
والقليل يجوز احتجنا الى حد فاصل بينهما فقال اصحابنا بقدر ذلك بما دون السنة
لان السنة مدة تجب فيها الجزية فلا يجوز ان يقيم الكافر في دارنا وهو حربي مدة الجزية
واذا لم يجز ذلك يتقدم الامام اليه بالعود الى بلده او دفع الجزية وان اقام سنة من يوم
تقدم اليه اخذ منه الجزية ولم يتركه يرجع الى بلده لانه لما اقام بعد التقدم اليه
صار ملتزما للجزية والجزية تجب بالالتزام واذا وضعت عليه الجزية صار ذميا والذمي
لا يمكن ان يرجع الى دار الحرب وقد بينا ذلك قال فان عاد الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي ودينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار
الاسلام من ماله على خطر اما دمه فقد صار مباحا لبطلان امانه وحصوله من مكان
يوجب الاباحة واما ماله فقد اجر زيد صحيحة وحكم الامان فيه باق فكان على خطره
قال فان اسر او قتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيا وقال الشافعي

يكون

يكون الوديعة لورثته وفي الديون قولان احدهما انه لورثته والاخر انه معنوم لنا ان يد المودع
يد المودع فصار كان المال في يده عند الغلبة عليه فيكون فيا ولان المطالبة قد سقطت
بالدين من جهة المستحق على التابيد فصار كالبراة ولانه حق والحقوق لا تغنم اصله منافع
البضع فان قيل ماله امان فلا يبطل ببطلان الامان ما لكه لكن سقوط حقوقه بالاسترقاق
وانه مما لا يصح ان يبتدي الملك فان قيل مات عن مال لفان وجب ان ينتقل الى ورثته كالو مات
في دار الاسلام قيل له موته من غير ان يغلب عليه لا يوجب بطلان حقوقه الا ترى انه زال
ملكه عن دمه فبطل الامان كما بطلت حقوقه ووجب ان ينتقل المال الى المسلمين قال
وما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف
الخراج وهذا الذي ذكره مثل الاراضي التي اجلوا عنها والجزية والجزية والعشور وقال
الشافعي اربعة اخماسه للنبي صلى الله عليه وسلم وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة للنبي صلى
الله عليه وسلم خمسه وما يفعل بنصيبه بعد وفاته ففيه قولان احدهما لمصالح المسلمين
والاخر يصرف في المقاتلة لنا قوله تعالى ما افا الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول
ولذي القربى واليتامى ثم قال للفقرا المهاجرين ثم قال والذين تبوؤا الدار والايمان
من قبلهم يعني الانصار ثم قال والذين جاؤوا من بعدهم فهذا يدل على ثبوت حق جميع
المسلمين في الفي ولو قسم على ما قاله المخالف لم يبق فيه حق لمن بعد المهاجرين والانصار
وعلل ايضا في الاية فقال كي لا يكون دولة بين الاغنيا منكم ولو ملك النبي عليه السلام
اربعة اخماسه وخمس خمسه جاز ان يملكه من يشا ويصير دولة بين الاغنيا وهذا خلاف
الظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم ما لي مما افا الله عليكم الا الخمس والخمس مردود فيكم
وهذا ينفي ثبوت حقه في اربعة اخماسه ولان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية من مجوس
هجر ونصارى نجران ويهود ايلة وامر معاذا باخذها من اهل اليمن ووضعها عمر على اهل
السواد والشام ووضعت في بيت المال ولم تخمس فمن قال انها تخمس فقد خالف
الاجماع والسنة ولانه ماخوذ بظهر المسلمين فلا يستحق النبي صلى الله عليه وسلم
اربعة اخماسه كالغنيمة فان قيل روى الزهري قال سمعت مالك بن اوس الحدثان يقول
سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمون اليه في اموال النبي صلى الله عليه وسلم
فقال عمر كانت اموال بني النضير مما افا الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون

بخيل ولا ركاب فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة من دون المسلمين وكان النبي
صلى الله عليه وسلم ينفق منها نفقة بيته على اهله فما فضل جعله في الكراع والسلاح ليتخذه
عدة في سبيل الله ثم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم فولاها ابو بكر مثل ما وليها رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثم وليها عمر مثل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر
وسالتماني ان اوليكماها على ان تعملا فيها على ما وليها به رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم جيتماني تختصمان تريدان ان ادفع الى كل واحد منكما نصفا او تريدان مني قضا غير
ما قضيت بينكما اولا والذي باذنه تقوم السما والارض لا اقضي بينكما قضا غير ذلك وان
عجزتما عنها فادفعاها الي اكفيكماها قيل له لا دلالة في هذا الخبر لان قوله مما افا الله على
رسوله من اهل القرى انما اضافها اليه لانها موقوفة على تصرفه وتدبيره وقوله كانت له خالصة
يريد به التصرف فيها يبين ذلك ما روي ان فاطمة رضي الله عنها جات الى ابي بكر تطلب
ارثها من هذه القرى فقال والله ما خلق الله شيا هو احب الي من ابيك ولا خلق الله خلقا
بعد ابيك هو احب الي منك ولان تحتاج عايشة ايسر من ان تحتاجي والذي بعث اباك بالحق ما
ملك ابوك هذه الاموال فاعطيه كان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فيان ان عمر قال
كانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة اي موقوفة على تصرفه ورايه وانها تخالف الغنيمة
التي تقسم بين اهلها فيتصرفون فيها كيف شاوا وما ذكرناه من الاخبار والاجماع يعضد
هذا التاويل فان قيل ما ارجع من المشركين الى المسلمين جعلت قسمته الى الامام فوجب
ان يخمس كالغنيمة قيل له الغنيمة مملوكة بسببين مختلفتين بمباشرة الغانمين وبظهر المسلمين
فاستحق اهل الخمس بمعنى والغانمون بمعنى اخر وليس كذلك الفي لانه مملوك بسبب واحد
وهو الرعب بالمسلمين فاذا استحق بسبب واحد كانت جهته واحدة ولم يتبعض استحقاقه
كمال الزكوة والعشر **قال** وارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى مكة
الى اقصى حجر باليمن ومن البصرة بمهرة الى حد الشام والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه
وسلم والخلفا الراشدين بعده لم ياخذوا من ارض العرب خراجا فدل على انها عشرية ولان
الخراج طريقة طريق الفي الا ترى انه لا يبتدى به المسلم فوجب ان لا يتعلق باراضيهم
كما لا يتعلق برقابهم **قال** والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن
العلث الى عبادان وذلك لان عمر رضي الله عنه فتح هذه البلاد عنوة وانفذ اليها حذيفة
بن اليمان

بن اليمان وعثمان بن حنيف فمسحاها ووضعا عليها الخراج وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف
وكذلك اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام **قال** وارض السواد مملوكة
لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها وهذا مبني على اصل وهو ان الامام اذا فتح بلادا عنوة
كان في الراي ان الاصلح ان يقر اهلها على املاكهم ويضع عليهم الخراج فعل وقال الشافعي يقسمها
ويخمسها ولا يقر اهلها عليها والدليل على ما قلناه ان عمر رضي الله عنه فتح السواد واقر
اهله عليه بحضرة الصحابة من غير نكير فدل ذلك على جواز ترك القسمة فان قيل قد قسم
عمر بن الخطاب السواد واصاب بجيلة ربعه فاخذوه سنين ثم ارتجعه منهم وعوضهم
عنه وقسمه قيل له نحن لا ننكر جواز القسمة فان قسم عمر لم يقدح في قولنا وان ترك قدح
في قول المخالف فلا معنى لترديد السوال فان قيل عمر وضع الخراج اجرة للارضين
او ثمنا فاما خراج الاملاك فلا قيل له هذا لا يصح لان عمر قال لحذيفة وعثمان بن حنيف
كيف فعلتما لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق قال حذيفة لو اضعفت عليها لحملت
وقال عثمان قد حملتها امرا هي له مطيقة وما فيها كثير فضل فلو كانت الاراضي للمسلمين
وقد باعها عمر او اجرها لم يكن عليه خوف ان زاد في ذلك على ما لا يطيق فدل على
ان الاراضي للكفار وانه كره ان يحملهم ما لا يطيقونه كما لا يفعل ذلك في الجزية وروي
عن ثعلبة بن يزيد عن علي عليه السلام قال لولا ان يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت
هذا السواد بينكم فدل على انه لم يقسم اذ لو قسم مرة واحدة لم يقسم ثانيا ودل ايضا
انه لم يواجرها ولم يبع لانه لو كان كذلك لم يجز قسمته لانه مغنوم يمكن وضع
الخراج عليه فجاز اقراره بالخراج على ما كان عليه اصله الرقاب فان قيل قال الله
تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه والخمس لا يجوز اسقاطه قيل له الاية تتناول
غنيمة ماضية ولا يفيد حكم الغنيمة في المستقبل فان قيل ما المعلوم فلم يكن للامام ان يقر
اهله عليه اصله ما ينقل ويحول قيل ليس في ترك قسمته فايدة تعود الى المسلمين فلم يجز
اسقاط حق الغانمين عنه والاراضي في ترك قسمتها فايدة للمسلمين ومصلحة وهو الخراج
فصارت كالرقاب واذا ثبت جواز اقرارهم عليها كانت ملكا لهم **قال** وكل
ارض اسلم اهلها عليها او فتحت عنوة فقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحق
المتعلق بها ابتدي به المسلم والمسلم لا يبتدي بالخراج لانه في وانما يبتدي بما هو طهره

قال وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وذلك لان الحق
يبتدي به الكافر والكافر يبتدي بالذي لا بالطهرة وعلى هذا اذا صالح الامام اهل بلد على
بلدهم فعليهم وعلى اراضيهم الخراج لما ذكرنا قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند
ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجيه وان كانت من حيز
ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة وقال محمد ان احياها
بماء حفرها او بعين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي
عشرية وان احياها بما الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي
خراجية وجه قول ابي يوسف ان حيز الارض في حكمها بدليل انه لا يجوز لاحد احيا ما قرب
من العامر لما صار في حكمه وكذلك يجوز لصاحب الدار الانتفاع بحريمه وكذلك الارض المحياة
وجب اعتبارها بحيزها في الحق المتعلق بها وقد كان القياس ان تكون البصرة خراجية
لانها من حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون الا ان الصحابة وضعوا عليها العشر
فترك القياس لاجماعهم وجه قول محمد ان الخراج في والمسلم لا يبتدي بالذي لا
ان يلتزمه واذا ثبت هذا نظرنا فان كان احياها بعين استنبطها او حفر بيرا او بما
الانهار المملوكة فقد التزم الخراج لما كان حكم الذي متعلقا بهذه الانهار فصار كانه
ابتاع ارضا خراجيه فيلزمه بالتزامه قال والخراج الذي وضعه عمر على السواد
من كل جريب يبلغه الما قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن الرطبة خمسة دراهم
ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وقال ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير فصار ذلك اجماعا منهم عليه والذي يوكد ذلك ويقويه ما روي ابو هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال منعت العراق قفيزها ودرهمها ومنعت الشام
مدها ودينارها ومنعت مصر اردبها ودينارها وعدتم
كما بدأتم يشهد بذلك لحم ابي هريرة ودمه فقد ذم النبي صلى الله عليه وسلم من منع هذه
الحقوق في اخر الزمان وهذا هو الخراج الذي وضعه عمر فدل ذلك على صوابه
قال وما سوى ذلك من الاصناف يوضع عليها بحسب الطاقة فان لم تطق ما يوضع
عليها نقصهم الامام والاصل في ذلك ما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه مسح
السواد بعد حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف فمسحاها ووضعا عليها الخراج فلما

فاذا

فاذا قال لهما لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا وهذا يدل على اعتبار الطاقة
فيما يوضع من الخراج فاذا كان قد وضع على ارض ما لا يطيق وجب ان ينقص من ذلك ليعود
الحق الى حد الطاقة قال وان غلب على ارض ما لا يطيق وجب ان ينقص او انقطع عنها
او اصطلم الزرع افة فلا خراج عليهم وذلك لان الخراج يجب لاجل ما يحصل لصاحب
الارض من المنفعة لانه لا يجوز ان يكون ارض في يد كافر في دار الاسلام ينتفع بها ولا
حق للمسلمين فيها ولهذا يعتبر الحق بما يطيقه الارض وفي مسئلتنا لا يمكن الانتفاع بها فسقط
عنه الخراج كالارض السبخة التي لا تنبت قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج
وذلك لانه متمكن من الانتفاع بها وانما عدمت المنفعة بتفريطه فلا يسقط الواجب
في رقبة الارض بذلك قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله
وذلك لان ارض السواد وضع عمر رضي الله عنه عليها الخراج ثم اسلم اهلها وبقي
الخراج بحاله لم يتغير وقد قال الشافعي اذا صالح الامام اهل بلد وامنهم واقرهم
في املاكهم واجرى في بلدهم احكام الاسلام على ان يوخذ من كل جريب كذا فان كان
جملة ما على الملك اذا قسم على الرقاب اصاب كل رقبة دينار فصاعدا جاز وان كان
ذلك جزية تسقط بالاسلام واذا اصاب كل واحد اقل من دينار لم يجز ولا يخالف
فيما وضعه عمر وغيره على اهل السواد ولا يسقط بالاسلام وهذا الذي ذكره لا يصح
لان ما وضعه الامام على اراضيهم يقسط على الارضين والرقاب فحصة الارضين
خراج وحصة الرقاب جزية ولو قلنا ان جميعه جزية ادى ذلك الى ان يكون ارض في
دار الاسلام ينتفع بها لا حق عليها وهذا لا يجوز كارض المسلم ولان المسلم اخص بدار
الاسلام فاذا لم نسلم له منفعة الارض الا بحق يجب عليه فالكافر اولى فان قيل
انه مال ماخوذ في مقابلة حقن الدم والاقرار عليه فالكافر اولى فان قيل انه مال
ماخوذ في مقابلة حقن الدم والاقرار على الكفر كالجزية قيل له لا نسلم ذلك والمعنى
في الجزية انها وضعت على الرقاب ابتداء ولا يجوز ان يبدل المسلمين الخراج وضع في
الارضين وحقوق المال ليس فيها ابدال فلهذا لم يسقط بالاسلام قال
ويجوز ان يشتري المسلم من الذمي ارض الخراج ويوخذ منه الخراج اما جواز الشرا
منه فلانها ملكه فيجوز الشرا منه كسائر املاكه واما لزوم الخراج للمسلم فلما روي

ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا ارض الخراج بالكوفة وادوا الخراج
ولانه اذا اشتري ارض الخراج صار ملتزمًا بالعقد للخراج ويجوز ان يلزم الانسان
بالتزامه ما لا يجوز ان يلزمه ابتدا كالمسلم اذا تكفل بجزية ذمية **قال** ولا
عشر في الخراج من ارض الخراج وقد بينا ذلك في الزكاة واذا اشتري الذمي ارض
عشر قال ابو حنيفة وزفر يوخذ منه الخراج وقال ابو يوسف عشران
وقال محمد عشر واحد وجه قولهما ان العشر طريقة الطهرة بدليل انه يصرف
مصرف الزكاة فلا يجوز اثباته في حق الذمي لان الطهرة لا يثبت في حقه فان قيل
لا يمتنع ان يثبت ابتدا ويبقي في حقه كالخراج الذي لا يثبت في حق المسلم ابتدا ويبقي
في حقه اذا اشتري ارض خراج قيل له المسلم يجوز ان يثبت في ماله حق الفي بدليل
انه لو اسلم في دار الحرب ثم غلبنا علي الدار كان عقاره فيا وزوجته واولاده الكبار
وكذلك ايضا يجوز ان يبقي في حقه الخراج الذي طريقه الفي والذمي بخلافه لانه لا يجوز
ان يثبت في حقه الطهرة ابتدا فلم يجز بتقية العشر الذي طريقه الطهرة واذا سقط
العشر وجب الخراج كالذمي اذا جعل داره بستانا وجه قول ابي يوسف
ان الخراج مال يختلف الواجب فيه باختلاف المالك فكان علي الذمي ضعف ما
علي المسلم كالمال اذا مر به علي العاشر وجه قول محمد انه حق ابتدات به
الارض فلا ينتقل عنها كالخراج واما التغلبي اذا اشتري ارض عشر فذكر محمد
في الاصل ان عليه عشران ولم يذكر خلافا قال الشيخ ابو الحسن هذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عشر واحد وجه قول ابي حنيفة ان الصلح
مع بني تغلب وقع علي ان يوخذ منهم ضعف ما يوخذ من المسلمين والمسلم يوخذ
منه العشر فيوخذ منهم عشران واما ابو يوسف فيقول انه حق يختلف
باختلاف المالك فكان عليهم ضعف ما علي المسلمين كاموال الزكاة وجه قول
محمد ما ذكره في المسئلة الاولي فان باع التغلبي هذه الارض من مسلم اخذ منه
عشران عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عشر واحد وجه قول
ابي حنيفة ان التغلبي لما ضوعف عليه العشر صار خراجا لاستحالة اخذ العشر
من كافر والخراج اذا تعلق بارض لم يتغير بتغير المالك واما ابو يوسف فبنا علي

أصله

اصله ان الحق يختلف باختلاف المالك فصار كانها لم تزل علي ملك المسلم وعند محمد
وجوب العشر لا يتغير علي ملك التغلبي فملك المسلم اولي **قال** والجزية علي ضربين
جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدي
الامام وضعها اذا غلب الامام علي الكفار واقرهم علي املاكهم فيضع علي الغني
الظاهر الغني في كل سنة ثمانية واربعون درهمًا يوخذ منه في كل شهر اربعة دراهم
والمتوسط الحال اربعة وعشرون درهمًا في كل شهر درهمين والفقير المعتمل اثني
عشر درهمًا في كل شهر درهم والاصل في جواز اخذ الجزية قوله تعالى قاتلوا الذين لا
يومنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين
الحق من الذين اوتوا الكتاب حتي يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فدل
ذلك علي جواز اخذ الجزية وعلي وجوب قبولها منهم اذا بذلوها فان قال قايل الكفر معصية
فكيف يجوز اخذ العوض علي التمكين منه ولان جاز ذلك لجاز وجب ان يجوز اخذ العوض
واباحة ساير المعاصي قيل له هذا غلط لان الجزية ماخوذة علي ترك القتل وقد كان يجوز
من طريق العقل ان يحظر علينا قتل الكفار ولا يتعبد به فكذلك يجوز ان يتعبد بتركه بعوض
ياخذه ولانه قتل واجب فجاز اسقاطه بعوض كالقصاص واذا ثبت جواز اخذ الجزية
قلنا ما كان منها علي وجه الصلح والتراضي فلم يوخذ غيره لان التراضي لم يقع بغيره
واما الضرب الثاني فهو المقدار الذي ذكره صاحب الكتاب علي الغني والمتوسط الحال
والفقير المعتمل وقال الشافعي هي مقدرة بدينار يستوي فيه الغني والفقير
دليلنا ما روي عبد الرحمن بن ابي ليلي عن الحكم ان عمر بن الخطاب انفذ حذيفة بن
اليمان وعثمان بن حنيف الي السواد فمسحاها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلث
طبقات علي الغني ثمانية واربعون درهما وعلي المتوسط اربعة وعشرون درهمًا
وعلي الفقير المعتمل اثنا عشر درهما ورجعا الي عمر فاخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة
الصحابة من غير نكير وعمل بذلك ايضا عثمان رضي الله عنه وعمل به علي رضي الله عنه
لا نذايه وافق ذلك فان قيل كان ذلك علي وجه التراضي قيل له لا يصح لان البلاد
فتحت عنوة فاذا اقروا اهلها عليها وعلي دينهم لم يعتبر التراضي لان عمر رضي الله عنه
قال اراهم يطيقون اكثر من ذلك فزاد عليهم درهمين ثم ردهم الي الاول

ولو كان ذلك على وجه التراضي لم يجز ان يزيد عليهم بالاحتمال ولانه حق يبتدي به الكافر
فوجب ان يختلف باختلاف الامكان كالخراج فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
انفذ معاذا الى اليمن وقال له خذ من كل حالم دينارا قيل له يحتمل انه على وجه التراضي
يبين ذلك انه قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ خذ من كل حالم
وحالمة دينارا والنسا لا جزية عليهن لانما كان على وجه الصلح ويحتمل انه وضع ذلك
لاحتمال الطاقة ولو كان سنة مقدرة لم يجز ان يغير بعد ذلك وقد روي عن ابن ابي
نجيح قال سالت مجاهدا عن وضع عمر على اهل الشام من الجزية اكثر مما وضع على اهل اليمن
فقال لليسار فان قيل معنى يحقن به الدم فاستوى فيه الغني والفقير كالاسلام قيل
له الاسلام من حقوق الابدان وذلك لا يختلف باليسار والاعسار والجزية من حقوق
المال فيجوز ان يختلف لحق الله تعالى **قال** وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس
وعبدة الاوثان من العجم اما اهل الكتاب فلقوله تعالى من اهل الكتاب حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وهو عام واما المجوس فلما روي ان عمر قال ما اصنع
التي لبست من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب ولا خلاف في هذا واما عبدة الاوثان من
العجم فيجوز اخذ الجزية منهم وقال الشافعي يسترقون ولا تقبل منهم الجزية لنا
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا اوصاهم وقال ادعوهم الى
شهادة ان لا اله الا الله الى ان قال فان ابوا فادعوهم الى الجزية وهو عام
ولانه يجوز استرقاق رجالهم فجاز اخذ الجزية منهم كاهل الكتاب فان قيل روي
عبد الرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المجوس سنوا بهم سنة اهل
الكتاب قيل له هذا دليل عليك لان الخبر يقتضي ان المجوس لا كتاب لهم وان الجزية
لا تختص باهل الكتاب فان قيل قد شك عمر رضي الله عنه في المجوس حتى روى له عبد
الرحمن بن عوف الخبر قيل له لان عمر ذهب الى التخصيص في الاية باهل الكتاب
ولم تقم عنده دلالة على غيرهم حتى سمع الخبر فعلم ان الحكم عام في الكتابي وغيره
فان قيل من لا تقبل منه الجزية اذا كان عربيا لا تقبل منه اذا كان عجميا اصله
المرتد قيل له المرتد لا يقر على كفره بالاسترقاق كذلك بالجزية والاعمى والزمني

خلافه

خلافه **قال** ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين اما عبدة
الاوثان من العرب فلا يجوز استرقاق رجالهم ولا يجوز اقرارهم بالجزية كالمرتدين
ولانهم بالغوا في اذية النبي صلى الله عليه وسلم وتكذيبه واخراجه من وطنه فعوقبوا
على ذلك فلم يقبل منهم الا السيف او الاسلام والدليل على انه لا يجوز استرقاقهم
خلاف ما قاله الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم خيبر لو كان العربي على
عربي رق لكان اليوم لكنه الاسلام او السيف ولانه سبب الاقرار على الكفر
فلا يثبت في حق عبدة الاوثان من العرب كالجزية فان قيل يجوز استرقاق نسائهم وصبيانهم
وكذلك رجالهم كاهل الكتاب قيل له المعنى في الاصل انه يجوز اخذ الجزية منهم فجاز
استرقاقهم وههنا بخلافه واما المرتدين فلا تقبل منهم الجزية انما هو الاسلام
او السيف لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وروي ان رجلا قدم على عمر
رضي الله عنه فقال له عمر هل من مغربة خبر فقال نعم رجل منا ارتد فقتلناه فقال
له عمر لو وليت منه ما وليتم منه حبسته ثلاثة ايام اعرض عليه الاسلام كل يوم
ان اسلم والا قتلته وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير **قال** ولا جزية على المراة
وذلك ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يضع على النسا الجزية ولان الجزية تجب
لاسقاط القتل وكل من لا يقتل لا توضع عليه الجزية **قال** ولا على صبي لانه ليس
من اهل القتال كالنسا ولا زمن ولا اعمى وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف في احدى الروايتين يوضع عليهم اذا كانوا اغنيا وجه قولهما ان
هولا ليسوا من اهل القتال ولا يجب القتل بكفرهم والجزية انما تجب لاسقاط
القتل المستحق فمن لا يقتل بكفره ولا تلزمه الجزية كالصبي والمراة وجه قول
ابي يوسف ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على كل محتمل ووجود المال
اكثر من العمل ولانهم ممن يقتلون بالكفر الا ترى ان من كان منهم يجد الحرب
قتل بالكفر ولا لرايه فصار بمنزلة الصحيح **قال** ولا فقير غير معتمل وقال
الشافعي توضع عليه الجزية لنا ما روي ان عمر وضع على الفقير المعتمل اثني عشر درهما
فاعتبر العمل مع الفقر فدل على انها لا تجب على من لا عمل له ولانه لا يطيق الاداء والطاقة
معتبرة في الوجوب والدليل على ذلك الخراج الاراضي فان قيل قال النبي صلى الله

عليه وسلم لمعاذ حين انفذه الى اليمن خذ من كل حالم دينارا وهو عام قيل له لا دليل فيه لان
الامر بالاخذ انصرف الى من يقدر على الدفع فاختص الخبر بذلك فان قيل شخص لو حصل
في الاسر جاز قبله فلم يجز اقراره على كفره في دار الاسلام حولا بغير جزية كالمرتد قيل
له هذا يبطل بالعبد ولان القتل حق ندب فاستوى فيه الغني والفقير كالحدود والجزية
حق مال يتعلق حق الله تعالى به فجاز ان يختلف فيه الغني والفقير **قال** ولا على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس لانهم لا يقتلون والجزية لا توضع على من لا يقتل كالمرأة
واما الرهبان واصحاب الصوامع الذين لا يخالطون الناس فقال محمد كان ابو حنيفة
يقول يوضع عليهم الجزية اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف
وقال عمرو بن ابي عمرو قلت لمحمد فما تقول قال القياس ما قال له ابو حنيفة قال
محمد وليس على السائحين والرهبان خراج والوجه في وضع الخراج عليهم انهم من
اهل العمل الا انهم تركوه مع القدرة عليه فصاروا كالمعتمل اذا ترك العمل مع القدرة
ان الجزية لا تسقط عنه واما قول محمد في السائحين فيجوز ان يكون اجاب
على من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يكون قال ان من لا يخالط الناس
لا يقتل ومن لا يقتل لا توضع عليه الجزية **قال** ومن اسلم وعليه جزية سقطت
عنه وقال الشافعي لا يسقط لنا ان الله تعالى امرنا باخذها على وجه الصغار
والمسلم لا يجوز ذلك في حقه ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله
وقال ليس على مسلم جزية وهذا ينفي الابتدا والبقا ولانها عقوبة لبقائه على الكفر
فوجب ان يسقط بالاسلام كالقتل فان قال مال موضوع على الكافر فاذا وجب
حال كفره لم يسقط باسلامه كالخراج قيل له خراج الاراضي لا صغار فيه لانه حق
مال ولهذا يجوز ان يبتدي به المسلم وحقوق الرقاب فيها صغار فاختلفا وعلى
هذا الخلاف اذا مات الذمي سقطت الجزية لان الموت ينافي معناها وهو الصغار
والذلة **قال** وان اجتمع حولان تداخلت الجزية وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يتداخل وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة انها عقو
فاذا اجتمع اسبابها من جنس واحد كان لاجتماعها تاثير في التداخل كالحدود وان قيل
مال يجب في كل حول فلا تتداخل كالزكوة قيل له الزكوة وجب على وجه التطهير

فلم تتداخل والجزية وجبت على وجه العقوبة فجاز ان تتداخل وقد قال ان الجزية
تجب باول الحول وقال الشافعي بمضي الحول لنا قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن
يد وهم صاغرون فامر باسقاط القتل عنهم باعطا الجزية فدل انها تجب عند اسقاط
القتل وذلك موجود في اول الحول ولانه مال يجب باسقاط القتل فكان وجوبه اسقاط
القتل كالصلح من دم العمد فان قيل حق في مال تعلق وجوبه بالحول فوجب باخر الحول
كالزكاة قيل له لا نسلم ان وجوبه يتعلق بالحول فان ارادوا انه لا يجب في الحول
الا دفعة بطل بصدقة الفطر فان قاسوا على خراج الارضين قلنا خراج الارضين
في مقابلة الانتفاع بها فما لم تسلم المنفعة لا يجب وخراج الروس في مقابلة اسقاط
القتل فيجب عند سقوطه واذا ثبت انها تجب باول الحول قال اصحابنا يفرق احدها كلما
مضى شهران او نحو ذلك اخذ منه قسطا اعتبارا للاسهل **قال** ولا يجوز احداث
بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا اخصا في
الاسلام ولا كنيسة معناه ولا يحدث في دار الاسلام كنيسة لم تكن فاما الخصا
فقيل في تاويله لا يخصى الرجل قيل ذلك في تاويل قوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق
الله وقيل المراد به الرجل يمتنع من النسا كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصي
قال واذا انهدم البيع والكنايس القديمة اعدوها وذلك لانا اقررناهم عليها
والابنية لا تبقى على التابيد فجاز لهم اعادتها كسائر ابنيتهم وقد قالوا لو تخلى رجل
منهم في صومعة منع منه لان الصومعة تجري مجرى الكنيسة فكما لا يجوز لهم
احداث شي من الكنايس في امصار المسلمين كذلك الصومعة وقد قالوا فيما يصح من
البلاد والقرى عنوة ثم يصالح اهلها على ان يكونوا ذمة فيها وفيها كنيسة او بيعة
او بيت نار فانها لا تهدم ويمنعون من الصلوة فيها ويومرون بان يجعلوها مساكن
وذلك لان المسلمين لما فتحوها عنوة كان لهم ان يقسموها فاذا اقروا الكفار عليها
توضع الكنايس انما يستحقونه باقرار المسلمين فصار كانهم احدثوا ذلك واحداث
الكنايس في المصر لا يجوز ويجوز في القرى فلذلك منعوا من الصلاة فيما كان من المصر
دون القرى **قال** ويوخذ اهل الذمة بالتمييز على المسلمين في زيهم ومراكبهم
وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح والاصل في ذلك ما

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الي امرا الاجناد يامرهم ان يامروا اهل
الذمة ان يختموا رقابهم بالرصاص وان يظهروا مناطقهم وان يجزوا نواصيهم ولا
يتشبهوا بالمسلمين في اثوابهم وروي انه صالح اهل الذمة علي ان يشدوا في اوساطهم
الزنار وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير ولان المسلم يجب تعظيمه ومولاته
والكافر لا يجب له ذلك فاذا اختلطوا لم يومن ان يعظم الكافر ويوالي ظنا منه انه
مسلم فلذلك وجب تمييزهم وقال النبي صلي الله عليه وسلم لا تبدوهم
بالسلام ولا يومن ان يوخذ منهم واحد ميت فلا يعرف فيصلي عليه فلذلك وجب
ما ذكرناه فان قيل لو وجب ذلك لكان النبي صلي الله عليه وسلم ياخذ به اليهود في المدينة
ويطالب به نصاري نجران ومجوس هجر ولو فعل ذلك لنقل قيل له انما يجب فعل ذلك
للتمييز ويهود المدينة كانوا يعرفون باعيانهم ولا يشتبه حالهم علي احد من اهل المدينة
ونصاري نجران كانوا منفردين بها وكذلك مجوس هجر فلما فتحت البلاد في وقت
عمر وكثر الناس واختلطوا وجب تمييزهم للمعني الذي قدمناه وجملة ذلك انه
لا يجب ان يترك احد من اهل الذمة يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في
هيئته وكذلك نساؤهم يميزون من نسا المسلمين حال مشيهن في الطريق
ويجب ان يميزن في الحمامات بازار يخالف ازار المسلمين وقد قال اصحابنا ليس
لهم اظهار شي من المعاصي في دار الاسلام وفي امصار المسلمين ولا يبيعوا الخمر
والخنزير ظاهرا لان هذا لم يدخل تحت العهد وقد قالوا ان حضر لهم عيد لم يخرجوا
فيه صلبانهم واعلامهم فليفعلوا ذلك في كنايسهم القديمة كما احبوا ولا يفعلوا ذلك
خارج الكنايس لان اظهار الصليب معصية وفي اظهاره اعزاز الكفر وذلك لا يجوز
في دار الاسلام ولا يمنعون من ضرب الناقوس في المصر اذا كانوا يضربون في كنايسهم
القديمة فان ضربوا خارجها منعوا لانه معصية فلا يجوز اظهاره كصليبهم
قال ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلي الله عليه وسلم
او زنا بمسلمة لم ينتقض عهده ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا علي
موضع فيحاربونه وقال الشافعي ينتقض العهد بجميع ذلك لنا ما روي عن عايشة انها
قالت دخل رهط من اليهود علي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقالوا السام عليك
ففهمتها

ففهمتها فقلت وعليكم السام واللعنة فقال النبي صلي الله عليه وسلم مهلا يا عايشة
ان الله تعالي يحب الرفق في الامر كله فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا فقال
النبي صلي الله عليه وسلم فقد قلت وعليكم فهذا سب للنبي صلي الله عليه وسلم لو كان من مسلم
حل دمه ولم يقتلهم ولانهم يسبون الباري تعالي ويقولون له ولد والمجوس يدعي له ضدا
فلان لا ينتقض العهد بسب النبي صلي الله عليه وسلم اولي ولان الجزية دين عليهم فالامتناع
منها كالامتناع من ساير الديون فلا ينتقض به العهد فان قيل امر الله تعالي بقتل الكفار
حتي يعطوا الجزية فان امتنعوا وجب القتال لزوال الشرط قيل له القتال يسقط
بالالتزام للاعطا وقد وجد ذلك فسقط القتال وعوده بالامتناع لا يدل عليه الظاهر
ولان في الاية دلالة لنا لانها يقتضي انهم اذا اعطوا سقط القتال وليس في ظاهر
الاية اعتبار التكرار فان قيل معني يحقن به الدم من الكافر فوجب ان ينتقض بسب
رسول الله صلي الله عليه وسلم اصله الايمان قيل له المعني في الاصل ان الاسلام
ينتقض باعتقاد شتم النبي صلي الله عليه وسلم فينتقض باظهاره وليس كذلك العهد
لا ينتقض باعتقاد ذلك كذلك باظهاره قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض
عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت له ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل
اما عرض الاسلام عليه فمستحب لما روي ان رجلا قدم علي عمر فقال له هل
من مغربة خبر قال نعم رجل منا ارتد فقتلناه فقال له عمر لو وليت منه ما وليتم
حبسته ثلاثة ايام اعرض عليه الاسلام كل يوم فان اسلم والا قتلته ولان الظاهر
ان من ارتد انما ارتد لشبهة دخلت عليه فاستحب العرض عليه ليذكر الشبهة
فنزيلها عنه والعرض ليس بواجب لانه ممن بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة
يستحب تجديد العرض عليه ولا يجب وانما جواز القتل بعد العرض عليه فلقوله
تعالي ستدعون الي قوم اولي باس شديد تقاتلونهم او يسلمون قيل في التفسير
المراد به اهل الردة وقال النبي صلي الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وارتد
المستورد العجلاني فقتله علي رضوان الله عليه وجعل ماله لورثته من المسلمين
قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ذلك ولا شي علي القاتل وذلك
لان القتل قد وجب عليه بالكفر وانما يستحب عرض الاسلام عليه لجواز ان يسلم

ناذا قتله والقتل مستحق لم يلزمه الضمان الا انه ترك المستحب فكره لذلك وقد قالوا
ان طلب التاجيل اجله لانه انما يطلب ذلك لينظر في امره فجاز وان لم يطلب ذلك
وقف على راي الامام فان غلب في ظنه ان اجله اسلم اجله وان لم يغلب في ظنه ذلك
عجل قتله وقد قدروا التاجيل ثلاثه ايام اعتبارا باقصى مدة الارتياد بدليل الخيار **قال**
واما المراة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وذلك قولهم وقد قال ابو يوسف
انها تقتل ثم رجع والدليل على ما قلناه ان كفرها الاصلي لا يستحق به القتل لانها ليست
من اهل القتال فكذلك الكفر الطاري ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا
وهو عام وانما تجبر على الاسلام لانها قد التزمت الاسلام بدخولها فيه ومن التزم
الاسلام لا يجوز اقرارهم على الكفر بعد ذلك **قال** ويزول ملك المرتد عن جميع
امواله بردته زوالا مراعا فان اسلم عادت على حالها وهذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه الا ان ابا يوسف جعل تصرفه
بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص وجعله محمد بمنزلة المريض وجه قول
ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم الا بحقها فعلق عصمة الناس المال والدم
باطنها بالشهادتين وقد زال حكم عصمة الدم فوجب ان يزول حكم عصمة المال
ولان الردة توثر في النكاح من جميع الجهات فاثرت في زوال الملك كالموت وجه
قولهما ان الردة توثر في اباحة الدم وذلك لا يوجب زوال الملك اصله المرجوم
ومن وجب عليه القصاص واذا لم يزل ملكه عندهما صار عند ابي يوسف
بمنزلة من وجب عليه القصاص وعند محمد انه معوض للتلف ولكل واحد من
المسلمين قتله فصارت حاله اخوف من حال المريض فيكون تصرفه من الثلث
واذا ثبت عند ابي حنيفة ان ملكه يزول قال يزول زوالا مراعا لان الاباحة
تعلقت بالكفر وهو مدعو الى الاسلام ويرجى عوده فتعلق حقه به فاذا اسلم زالت
احكام الكفر عنه فكانه لم يرتد وان قتل على ردته ومات استقر كفره واستقر
زوال ملكه المتعلق به **قال** وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه
في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيا وهذا

الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الجميع لورثته وجه قول ابي حنيفة ان حرمة
ماله كحرمة دمه فلما كان دمه مباحا لجميع الناس كذلك ما له ولا يلزم ما اكتسبه المكاتب حال
ردته لانه غير مالك له وانما هو موقوف على حق المولى المسلم وما وقف على حق المسلم في دار
الاسلام لا يكون فيا فان قيل كسب المرتد يتعلق به حق وارثه المسلم قلنا حق الوارث لا
يتعلق باكتساب الصحيح وجه قولهما ان الردة لا تزيل الملك فما اكتسبه حال الاسلام
والردة سوا وقد قال الشافعي ان جميع ذلك فيء وهذا لا يصح لان عليا عليه السلام قتل
المستورد العجلاني حين ارتد وجعل ميراثه لورثته من المسلمين وعن ابن مسعود مثله ولانه
على حكم الاسلام بدليل ان اولاده يجبرون على الاسلام ولا يجوز تصرفه في الخمر والخنزير وعند
المخالف تجب عليه الصلاه والزكاة ومن كان على حكم الاسلام ورثه المسلمون كالمجنون
المسلم فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم قيل له هذا بعض الخبر وتمامه قوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين لا يرث
المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فبين صلى الله عليه وسلم ان الكفر الذي يمنع ميراث
المسلم من الكافر هو ما يضاف الى ملة وذلك انما يكون في غير المرتد لان المرتد لا ملة له ولان
ردته عندنا كموته وهذا يبطل نكاحه ويزول املاكه ويبطل تقوم دمه ولا يجب
الارش بقطع اعضايه فاذا مات على ردته حكمنا بانتقال ميراثه في اخر جزء من اجزا اسلامه
الى ورثته فيرث المسلم من المسلم ولا يرث المسلم من كافر فان قيل المرتد لا يرث بحال
فلا يورث عنه بحال كالمكاتب قيل له المرتد عندنا بمنزلة الميت والميت لا يرث ويورث
عنه **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا حكم الحاكم بلحاقه دعتق مدبريه وامهات اولاده
وذلك لان اختلاف الدارين يمنع من ثبوت حق من كان في احدى الدارين ممن كان في الاخرى
ولهذا يملك عليهم بالحيازة ويملكون علينا واذا انقطع الحق عما في دار الاسلام بطل
المراعاة وانما اعتبر حكم الحاكم في اللحاق لان انقطاع الحقوق باللحوق معنى يختلف فيه
فوقف حكمه على انفاد الحكم به كساير مسايل الاجتهاد والحكم باللحاق يجري مجرى الموت
بدليل انتقال موته الى ورثته واذا اجري مجرى الموت حكم بعتق مدبريه وامهات
اولاده **قال** وحلت الديون التي عليه لما بينا ان الحكم بلحاقه بدار الحرب بمنزلة موته
قال ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال

الشافعي يكون فيا لنا انه مال اكتسبه مسلم في حال اسلامه فلا يكون فيا في دار الاسلام كمال
من لم يرتد فان قيل كيف يورث الحي قيل له هذا في حكم الميراث ولكن يصرح ميراث وقد بينا
انه بمنزلة الميت في النكاح كذلك في الارث قال ويقضي الديون التي لزمته في حال
الاسلام وما لزمه من الديون في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته وهذا الذي ذكره
قول الحسن وزفر وروي عن ابي حنيفه مثله وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة ان ديون
المرتد كلها فيما اكتسبه في حال الردة فان لم يف كان الباقي فيما اكتسبه في حال
الاسلام وجه ذلك ان مال المرتد ينتقل الي ورثته بردته والدين يتعلق بما يكون من
ملك الانسان عند موته دون ما انتقل عنه اصله المسلم وجه رواية الحسن ان ما اكتسبه
حال الاسلام موروث عنه وما اكتسبه حال الردة في والدين يتعلق بالمال الموروث
عنه دون الفي والجواب عنه انه لا يمتنع ان يكون فيا ويقضي منه الديون كما ان مال
الذمي اذا لم يكن له وارث يوضع في بيت المال على طريق الفي وان قضي منه دينه وقد ذكر
في السير من الجامع الصغير ان ذلك فيما اكتسبه حال الاسلام ميراث والدين يقدم
على الميراث وجه قول زفر ان حال الاسلام وحال الردة يفترق حكمها في الملك فصار كالدين
لما الكين مختلفين واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالاكتساب في الحالين سوا وديونه كلها
سوا في جميع الكساب قال وما باعه او اشتراه او تصرف فيه من امواله في حال
ردته موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت
وهذا على ما بيناه من اصل ابي حنيفة ان الردة تزيل الملك زوالا مراعا فيكون تصرفاته
موقوفة ايضا فان اسلم زالت المراعاة ثم ملكه ونفذ تصرفه كان لم تزل مسلما وعلى قول
ابي يوسف جميع ذلك جائز كمن عليه قصاص وعلى قول محمد هو بمنزلة المريض فيجوز تصرفاته
من الثلث قال واذا عاد المرتد الي دار الاسلام مسلما فما وجد من ماله في يد ورثته
بعينه اخذه وهذا الذي ذكره على وجهين احدهما ان يعود الي دار الاسلام قبل ان يحكم
الحاكم بلحاقه فيسقط حكم ردته بعوده وقد كان حكم ماله مراعا فزالت المراعاة وصار
كانه لم يزل مسلما فيكون ماله له ولا يعتق عليه شي مما ذكرناه واما اذا عاد بعد حكم الحاكم
بلحاقه فما وجد قايما في يد الورثه اخذه لان المال ملك عليه بغير عوض فما دام على ملك
عينها لكه جاز ان يثبت فيه حق الرجوع كالمال الموهوب فاما ما زال ملك الوارث
عنه

عنه بسبب يلحقه الفسخ كالبيع او بسبب لا يلحقه الفسخ كالعتق فلا رجوع فيه كزوال ملك
الموهوب له عن العين الموهوبة اذ يسقط الرجوع فيها واما من حكم الحاكم بعتقه من امهات
اولاده فلا سبيل عليهن لان العتق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه قال والمرتدة اذا تصرفت
في مالها في حال ردتها جاز تصرفها وذلك لان ردتها لا توجب اباحة دمها فلا يوثر في مالها ولم يذكر
رحمه الله وقت انتقال الي الورثه وقد قال ابو حنيفة ان ما اكتسبه في حال اسلامه لورثته
من المسلمين فمن كان وارثا في حال الردة وبقي على حاله في استحقاق الميراث حين انتقل
ورث عنه وعنه رواية اخري ان من كان وارثا في حال الردة استحق الميراث بالموت وان
خرج من ان يكون وارثا وجه الرواية الاخري ان حكم الميراث يثبت بالردة ويقف على
الموت وكل امر يثبت في الحال واستند الي حالة سابقه اعتبر فيه الطرفان كالاجازة في البيع
الموقوف فعلى هذا ان من مات بعد الردة من الورثه قبل موت المرتد لم يرث وان مات
المرتد وامراته في العدة ورثت وان انقضت عدتها قبل موته لم ترث وجه الرواية الاخرى
ان الملك ينتقل الي الوارث في اخر جزء من اجزاء الاسلام فاذا استقر الانتقال
بالموت لم يوثر تغيير حال الوارث بعد انتقال الملك اليه واما على قول ابي يوسف
ومحمد فما اكتسبه حال الاسلام وحال الردة سوا كان لورثته من المسلمين لان الردة
لا تزيل املاكه عندهما وينتقل على قولهما الي من كان وارثا عند القتل او الموت
واما اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه فقال ابو يوسف ينتقل الي من كان وارثا
يوم حكم الحاكم بلحاقه وقال محمد ينتقل يوم الحكم الي من كان وارثا يوم اللحاق وجه
قول ابي يوسف ان مال المرتد قبل حكم الحاكم امره مراعا بدليل انه لو عاد الي الاسلام
كان اولي به ولو عاد وقد استهلك الوارث بعض المال لم يضمنه ولا يعتق امهات
اولاده فصار ذلك كما قبل اللحوق وجه قول ان اللحوق هو السبب الموجب لزوال
ملكه لان اختلاف الدارين يوثر في الاملاك وانما وقف على حكم الحاكم فاذا حكم بذلك
زالت المراعاة وانتقل الملك بالسبب الذي تعلق به الحكم فوجب اعتبار من كان وارثا
في ذلك الوقت واما المرتدة فهي بمنزلة المسلمة في زوال مالها الي ورثتها فيعتبر ذلك
عند الموت لانها لا تغير ملكها واما اذا لحقت بدار الحرب جاز ان تسترق وقال
الشافعي لا تسترق لنا انها كافرة في دار الحرب ليس لها ذمة كالحربية فان قيل كيف

بعد ايمانها فلا يجوز استرقاقها كالرجل قيل له الرجل يستعان به في القتال بحال
فلم يسترق بعد ردته والمراة بخلافه **قال** ونصارى بني تغلب يوخذ من اموالهم
ضعف ما يوخذ من المسلمين من الزكاة وذلك لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ان يضعف
عليهم ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من نسايهم ولا يوخذ من صبيانهم وقال زفر لا يوخذ
من النسا وبه قال الشافعي وجه قول اصحابنا ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ان يضعف
عليهم ما يوخذ من المسلمين من الزكوة ومعلوم ان المسلمة يوخذ من مالها الزكوة كذلك
التغلبية يضاعف عليها ولان هذا وجب بالصلح وما وجب بالصلح يجوز اخذه من النسا
بدليل قوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا فان قيل
الماخوذ جزية والمراة محقونة الدم فلا يجوز ان يوخذ منها الجزية المضاعفة اصله
الصبي قيل له الصبي غير مكلف فلم يعاقب بما يوخذ منه والمراة بخلافه **قال** وما
جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية
تصرف في مصالح المسلمين فتسد منها الثغور وتبنى القناطر والجسور وتعطى
قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم
لان ذلك جميعه مال وصل الينا من المشركين بغير قتال وموضعه بيت المال
على ما قدمناه وبيناه فيما تقدم ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين والوجوه
التي ذكرها كلها تعود الى صلاح جميع المسلمين فكان للامام تفريق المال على جميعهم واما
ما ذكره من ذراري المقاتلة فلان نفقتهم واجبة على المقاتلة فوجب ان يكفيهم ذلك
ليواظبوا على القتال ولا ينقطعوا عنه الطلب ما يحتاج اليه ذراريهم من النفقة
قال واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى
العود الى الجماعة وكشف عن شبههم ولا يبدهم بقتال حتى يبدونا والاصل
في ذلك ان عليا عليه السلام انفذ ابن عباس فدعا اهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم
ولان من بلغته الدعوة من الكفار يستحب ان يدعا قبل القتال والبغاة اولى **قال**
فان بدوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم والدليل على جواز قتالهم قوله تعالى وان طايفتان
من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي
حتى تفي الى امر الله ولان عليا رضي الله عنه قاتل من خرج عليه وكان ذلك بحضرة

روي
الصحابة من غير خلاف ولان في اجتماع البغاة اطماع العدو فوجب تفريقهم والذي عن ابن
عمر وغيره من الصحابة انه تعتزل عن الفتنة يجوز ان يكونوا فعلوا ذلك لعدم قدرتهم على
القتال ومن لا يقدر على القتال لا يلزمه الحضور وقد روي عن ابي حنيفة انه قال ينبغي
للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته وانما اراد بذلك اذا كان هناك امام يدعوهم
الى القتال فاذا دعاه الامام وعنده غنى وقدرة لم يسعه التخلف عن ذلك **قال**
فان كانت لهم فية اجهز على جريحهم واتبع موليهم وذلك لان الغرض قتالهم حتى
يزول بغيهم بدليل قوله تعالى حتى تفي الى امر الله ومتى كانت لهم فية يرجعون اليها
فلم يزل بغي المولي لانه يرجع الى البغاة ثم يعود الى القتال فجاز قتله وكذلك الجريح
لا يومن ان يبرى فيعود الى القتال فجاز قتله وقد قال الشافعي لا يتبعون ولانه
قتال على وجه الدفع كقتال غير الخوارج قلنا لا نسلم ان قتالهم على وجه الدفع الا ترى
انهم لما تحيزوا وامتنعوا من احكامنا بدانا هم بالقتال ولم ينتظروا ان يقاتلوا وكذلك
الاسير ان راى الامام قتله جاز لان نفسه لم يزل فان راى ان يخلي سبيله جاز لان عليا
عليه السلام كان اذا اخذ اسيرا استحلفه ان لا يعين عليه وخلى سبيله وان راى
الامام ان يحبسه حتى تعود اهل البغي عما هم عليه جاز **قال** فان لم يكن لهم فية
لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم وذلك لان عليا رضي الله عنه هكذا فعل باهل
البصرة ولان المقصود ازالة جمعهم وقد حصل ذلك بالهزيمة فلا معنى للقتل
قال ولا تسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لما روي ان عليا عليه السلام قال
في اهل البصرة لا يغنم لهم مال ولا يسبى لهم ذرية ولانهم مسلمون فلا يغنم منهم مالهم
وقد روي ان اصحاب علي رضوان الله عليه طلبوا يوم الجمل قسمة المال فقال
لو وقعت عايشة في سهم احدكم اكان ياخذها قسمة بذلك على انه لا يقسم مالهم
قال ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وذلك لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ دزعا من صفوان بغير اختياره ولان للامام ان
ياخذ سلاح المسلم اذا احتاج اليه فلان ياخذ سلاح اهل البغي اولى وقد قال
الشافعي ان ذلك لا يجوز لان من لا يجوز الانتفاع بغير السلاح من ماله لا يجوز بالسلاح
اصله العادل قيل له لا نسلم بل يجوز الانتفاع بغيره كذلك عند ذلك وما ذكره يبطل بالغنيمة

قال ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيقسمها عليهم
وذلك لان مالهم لا يملك بالغلبة وانما يمنع منه لئلا يستعينوا به على القتال لما فيه من
المصلحة فاذا زال القتال ردت اموالهم اليهم قال وما جباه اهل البغي من البلاد
التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا لانه لم ينقل ان الصحابة رضي الله
عنهم اخذوا ذلك من البلاد التي كان غلب عليها الخوارج ولو اخذوه ثانيا لنقل قال
فان كانوا صرفوه في حقه اجزا من اخذ منه ذلك لانه دفع اليه الواجب والاخذ صرفه الى
وجهه فصار بمنزلة ما ياخذ الامام ويصرفه في وجهه قال فان لم يكونوا صرفوه
في حقه افتي اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا وذلك لانهم بالدفع يسقط عنهم
المطالبة به وسقوط المطالبة في الظاهر لا يمنع وجوبه فيما بينهم وبين الله تعالى
كما في الاموال الباطنة وقد قال اصحابنا ان ما اتلف بين اهل البغي والعدل من
نفس او مال فلا ضمان على كل واحد من الفريقين وقال الشافعي ما اتلفه الباغي
على العادل فيه قولان في القديم يجب فيه ضمان النفس والمال وفي الجديد لا ضمان
وما اتلفه العادل على الباغي فلا ضمان فيه قولا واحدا لنا ان الفتنة وقعت بين
السلف رضي الله عنهم ثم اجتمعوا فلم يقض لاحد على احد بوجوب قصاص ولا ضمان
ولو كان واجبا لطولبوا به وليبينوا وليقل ذلك ولم ينقل وعن الزهري قال
وقعت الفتنة العظمى واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون واجتمع
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو هدر
وكل ما اتلف بتاويل القران فهو هدر لا ضمان فيه وكل فرج استبيح بتاويل
القران فلا حد فيه وما كان قايما بعينه رد ولانهم باينوا اهل الحق بالدار والحرب
فلم يضمنوا ما اتلفوه عليهم كاهل الحرب فان قيل قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه
في اهل الردة يدون قتلانا ولا ندي قتلاهم قيل له قال عمر رضي الله عنه من قتل
منا فانما عمل لله فاجره على الله فرجع ابو بكر الى قول عمر بدليل انه لم ينقل ان احدا
ممن اسلم طولب بشيء من ذلك فان قيل مسلم اتلف مال مسلم بعدوان فلزمه الضمان
كما لو اتلفه قبل القتال قيل له المعنى في الاصل انا نضمن ما اتلفناه عليهم في تلك
الحال فيضمنون ما اتلفوه علينا قال فيما يصير به الكافر مسلما

اعلم ان الكفار على قسمين منهم من يجحد الله تعالى ويعبد الاوثان ومنهم من يثبته وهو على ضربين
منهم من يشرك معه غيره فاوليك اذا قالوا لا اله الا الله كان ذلك اسلاما وكذلك ان قالوا
اشهد ان محمدا رسول الله وذلك لانهم يمتنعون في دينهم من كل واحدة من الشهادتين فاذا
اتوا بها دل على انتقالهم عما كانوا عليه وعلى هذا اذا قالوا اسلمنا ونحن مسلمون والضرب
الثاني من يثبت الباري تعالى ولا يشرك معه غيره بل يقول بالتوحيد ولكن يجحد الرسالة
فانه لا يكون مسلما فيقول لا اله الا الله فانه لم ينتقل عما كان عليه فاذا قال اشهد ان محمدا
رسول الله كان مسلما وفرقة من اهل الكتاب يقولون ان محمدا صلى الله عليه وسلم رسول
الله الى العرب دون بني اسرايل فهذه الفرقة لا يكون احد منهم مسلما باتيان الشهادتين
حتى يبرا من الدين الذي كان عليه فيجمع بين التبري مما يعتقده وبين الاعتراف بما جاء به
محمد وانه حق ولو قال واحد منهم اني مسلم او مومن لم يكن بذلك مسلما لانهم يزعمون
ان الايمان والاسلام ما هم عليه والذي روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني
دماهم واموالهم الا بحقها فهو ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقاتل عبدة الاوثان
في الغالب فيكتفي في حقهم بالشهادة وقد روي ان اسامة بن زيد حمل على كافر مرة
فلما وضع السنان بين كتفيه قال اشهد ان لا اله الا الله فقتله فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم اقتلت من يشهد ان لا اله الا الله ومن لك بلا اله الا الله يوم القيمة
فقال انما قالها تعوذا حين راى السنان بين كتفيه فقال له صلى الله عليه وسلم هلا شققت
عن قلبه وروي ان المقداد بن الاسود قال للنبي صلى الله عليه وسلم ارايت لو قاتلت
مشركا فضرب يدي ثم لاذ مني بشجرة فقال انا مسلم او قال قد اسلمت فقال لا تقتله
فقال كيف لا اقتله وقد قطع يدي فقال صلى الله عليه وسلم انك ان قتلته
كنت بمنزلته قبل ان يقول انا مسلم وكان بمنزلتك قبل ان تقتله وهذه الاخبار تقتضي ان
الكافر في حال القتال اذا قال ما يدل على الاسلام كقوله اشهد ان لا اله الا الله وان
محمدا رسول الله او قال انا مسلم او القى سلاحه او قال انا على دين محمد
او على دين الاسلام انه يكون مسلما ويجب الكف عنه فان رجع بعد ذلك فهو مرتد فيقتل
بردته فان كان ذلك بعد ما قهره المسلم فهو مسلم وعبد لانه اسلم بعد ثبوت

اليه عليه وذلك يسقط القتل دون الاسترقاق فان رجع عن ذلك وقال انما قلته تعوذا
من القتل لم يقبل منه ويعرض عليه الاسلام فان اسلم والا قتله لانه صار مرتدا بذلك وقد
قالوا لو قال النصراني اني اشهد ان لا اله الا الله وابرا من النصراني فليس بمسلم لان هذا يحتمل
انه يبرا من النصرانية بدخوله ودين اخر من اليهودية وغيرها فان قال مع ذلك وادخل
في دين الاسلام او في دين محمد كان مسلما لانه قد تبرا من دينه ودخل في ديننا وهذا هو
المعتبر واذا قال اليهودي انا مسلم او قد اسلمت يسال عن ذلك فان قال اردت
ترك دين اليهودية والدخول في دين الاسلام كان بذلك مسلما فان رجع بذلك الى اليهودية
كان مرتدا وان قال لم ارد رجوعا عن ديني ولكني اردت اني مسلم لله فليس بمسلم وهذا
على ما بيناه انهم يعتقدون ان ما هم عليه هو الاسلام فان لم يسال عن شي من ذلك
حتى جعل يصلي مع المسلمين في مساجدهم الصلاة في الجماعة والاذان يثبت به
الاسلام لو انفرد فاذا تقدم عليه الاعتراف بالاسلام فهو اولى وقد قالوا لو راه
وهو يصلي وحده كما يصلي المسلمون في مسجد من مساجد المسلمين او يوذن بغير صلاة
لم يكن بذلك مسلما لانه لم يات بالعبادة على اكمل صفاتها فصار كمن اقر بالشهادتين
ولم يبرا من دينه وكذلك لو راوه يتلقن القران ويقراوه لم يكن بذلك مسلما لانهم يقرؤون
ذلك على وجه النادر بقراته فلم تكن امرا يختص بديننا فلم يدل على الاسلام ولو
صلى في جماعة كان بذلك مسلما وقال الشافعي لا يكون مسلما فان صلى من
لم يعلم منه تقديم الكفر كان دلالة على اسلامه وقد روى داود بن رشيد
عن محمد انه اذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلما لقوله صلى الله عليه
وسلم من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فله ما لنا وعليه ما علينا
ولانها عبادة يستدل بها على الايمان ممن لم يعلم منه تقدم الكفر فكذلك في حق
من علم منه الكفر فكذلك كالشهادتين وكذلك قالوا لو شهدوا عليه انه حج وتهيا
للاحرام وانه شهد المناسك كلها مع المسلمين كان بذلك مسلما لان هذه العبادة
على هذه الهيئة تختص بشريعتنا وقد اتى بها على اكمل احوالها فان لبى ولم يشهد
المناسك او شهد المناسك كلها مع المسلمين ولم يلب لم يكن مسلما لانه لم يات
بالعبادة على اكمل احوالها بل اتى ببعض العبادة ولو شهد رجلان انه راه يصلي

سنة

سنة بالكوفة وشهد اخر انه راه يصلي سنة بالشام وانكر ذلك لم يقبل
لانهما لم يجتمعا على فعل واحد ولو اتفقا في فعل الصلاة فصار اختلافهما شبهة في اسقاط
القتل ولكن يجبر على الاسلام لاتفاقهما انه مسلم وقد قالوا في توبة المرتد ان ياتي بالشهادتين
ويبرا من كل دين سوى الاسلام او يتبرا من الذي انتقل اليه وهذا على ما قلناه وقد قال
ابو يوسف في المرتد اذا فهم فلم يتكلم ردت عليه العرض على الاسلام حتى اعلم انه قد فهم
فان لم يتكلم قتلته وذلك لان عرض الاسلام عليه ودعاه اليه مستحب وقد فعل ذلك
فامساكه عن الجواب لا يسقط القتل الواجب عليه **باب الحظر**
والاباحة قال رحمه الله لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنسا والاصل
في ذلك ما روي عن علي عليه السلام انه قال اخذ النبي صلى الله عليه وسلم حريرا بشماله
وذهبا بيمينه ثم رفعهما بيديه فقال ان هذين حرام على ذكور امتي حل لاناثهم وروي
غيره ايضا وروي ان عمر رضي الله عنه انفذ جيشا فغنموا غنايم فلما رجعوا تلقاهم
فلبسوا له الحرير والديباج فاعرض عنهم بوجهه فقالوا لو اله اعرضت عنا فقال انزعوا ثياب
اهل النار فنزعوا ذلك **قال** ولا باس بتوسده عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يكره توسده وجه قول ابي حنيفة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حضر
وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور وعن ابي راشد قال رايت عبد الله بن العباس
او يجلسه مرفقه من حرير ولان في الجلوس عليه استخفافا به فلا يمنع منه كالجلوس
على بساط فيه تصاوير وجه قولهما ان هذا من فعل الاعاجم وقد روي عن عمر انه
قال اياكم وزي الاعاجم وعن سعد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر الغضا احب الي من
ان اتكي على الحرير ولانه لا يجوز لبسه فلا يجوز افتراشه كالذهب **قال** ولا يكره
لبس الحرير في الحرب عندهما ويكره عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى الرجل عن لبس الحرير ولم يفصل ولانه يمكن ان يقام غيره مقامه
فلم يدع الحاجة اليه فبقي على النهي وجه قولهما ان السلاح لا يثبت على الديباج فصار
ذلك موضع ضرورة فابيح لاجلها **قال** ولا باس بلبس الملحم اذا كان سداه ابريسم
لحمته خزا او قطن ولان السلف رضي الله عنهم لبسوا الخز ولم ينكر ذلك احد وسداه
حرير ولان المقصود من الثوب ظاهره وذلك هو اللحمة فاذا كانت غير حرير لم يعتد

بغيرها وقد قالوا لا باس بالعلم في الثوب اذا كان اصبعا او اصبعين وثلثا وذلك لانه تابع
للثوب فصار كالسدي ولان النبي صلي الله عليه وسلم لبس فروة اطرافها من الديباج وكان
المعنى فيه انه تبع واجماع المسلمين علي فعله قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب
ولا بالفضة الا الخاتم والمنطقه وحلية السيف من الفضه وذلك لقوله صلي الله عليه وسلم
احل الحرير والذهب لاناث امتي وحرم علي ذكورها فاما الخاتم والمنطقة وحلية السيف
فقال ابو يوسف قد جا في ذلك اثار تقتضي الرخصة فيها خاصة قال ويجوز للنسا
التحلي بالذهب والفضه لقوله صلي الله عليه وسلم ان الذهب والحرير حرام علي ذكور
امتي حل لاناثها قال ويكره ان يلبس الصبي الذهب والحرير وذلك لان الصبي يجب
ان يعود ما يجوز في الشريعة ويبيحه دون ما لا يجوز لنالف ذلك الا ترى انا نمنعهم من
شرب الخمر ونامرهم بالصوم والصلاه ليالفوا ذلك كذلك نجنبهم لبس الحرير والذهب
ليالفوا ذلك قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان في انية الذهب
والفضه للرجال والنسا وذلك لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه نهي عن الشرب
في انية الذهب والفضه وقال من اكل او شرب في انية الذهب والفضة فكانما
يجرجر في بطنه نار جهنم ولان النبي قد ورد عن التشبه بالاكاسرة والجبابرة وذلك
موجود في استعمال انية الذهب والفضة فدخل تحت النهي ويستوي في ذلك النسا
والرجال لعموم النهي فيه وقد قالوا انه يكره الانتفاع بها في كل ما يعود الي البدن كالتطيب
والادهان ولا يجوز ايضا ان يكتحل من مكحلة من ذهب او ميل من ذهب او فضه
وكذلك المراة لان جميع ذلك منفعة تعود الي البدن فصار كالاكل والشرب قال
ولا باس باستعمال انية الزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره من ذلك
ما كان ثمينا بجنسه كالبلور وجه قولنا انه من غير جنس الاثمان فلا يكره استعماله
كغير اليمين فان قيل ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن استعمال الذهب والفضه
لاجل التفاخر وهذا موجود في البلور وغيره قيل له هذا دليلنا لانه عليه السلام
لما خص النهي بالذهب والفضة مع علمه بوجود التفاخر في غيرهما دل عليه انهما لا
يتساويان في التحريم ولان المنع وان كان لاجل التفاخر فلم يكن من عادة القوم التفاخر
بغير الذهب والفضة فخرج النهي عليه خاصة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض

عند ابي حنيفة والركوب علي السرج المفضض والجلوس علي السرير المفضض وقال ابو
يوسف يكره ذلك وعلي هذا المداهن والمجامر والمراة والركاب واللجام والثغر كل ذلك مكروه
عند ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الفضة صارت تبعا للاناء بدليل انها تدخل في بيعه
علي وجه التبع فلا يكره كطراز الثوب ولان المنع انما هو لاجل التفاخر وذلك لا يحصل بالتبع
وجه قول ابي يوسف انه مستعمل للفضة فصار كانه استعملها منفردة وعن ابي حنيفة
في استعمال موضع الاناء المفضض من الاناء روايتان احداهما انه يجعل فاه علي العود دون
الفضه لانه اذا وضع فاه علي الفضة صار مستعملا لها وذلك لا يجوز ويجوز في الرواية
الاخري لان الفضة لما صارت تبعا لم يكره مباشرتها بنفسها كطراز الثوب وقد قال
ابو حنيفة لا باس بحلقة المراة تكون فضة والمراة حديدا او صفرا لانها تبع لها وكره ذلك ابو
يوسف لانه مستعمل لنفس الفضة فاما السلاح المطلي بالذهب والفضة والركاب
فقد رخص فيه ابو يوسف ايضا وجه قولهما ان المطلي مستهلك لا يخلص فلا يعتد به قال
ويكره التعشير في المصحف والنقط وذلك لانه روي عن عبد الله بن مسعود كراهة ذلك
وقال جردوا القران ولانه غير القران نكره ان يجعل في المصحف يدل علي صحة ذلك
ان اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم لما اشكل عليهم سورة الانفال وبراءة انهما
سورتان لم يكتبوا التسمية بينهما وكان الشيخ ابو الحسن رحمه الله يقول لا يكره ما
يكتب من تراجم السور حسب ما جرت به العادة لان في ذلك ابانة عن معني السورة
وهو بمنزلة كتابة التسمية في اوايلها للفصل قال ولا باس بتحلية المصحف
ونقش المسجد وزخرفته بالذهب وذلك لان عثمان رضي الله عنه فعل ذلك بمسجد
رسول الله صلي الله عليه وسلم والصحابة متوافرون فلم ينكره احد فان قيل روي انه
يكون في هذه الامة مسخ وقذف وخسف اذا زخرفت المساجد وزوقت المصاحف
قيل له يحتمل ان يكون اراد به اذا قصد به الريا وزينة الدنيا ولم يقصد به التعظيم
وفعله علي هذا الوجه مكروه قال ويكره استخدام الخصيان وذلك لان في
الرغبة في استخدامهم وملكهم حثا علي خصيهم وذلك مثله فيحرم لقوله عليه السلام
لا خصا في الاسلام قال ولا باس بخصي البهايم وانزا الحمير علي الخيل اما خصي البهايم
ففيه منفعة للبهيمة وللناس فجاز واما انزا الحمير علي الخيل فقد روي بن عباس ان

النبي صلى الله عليه وسلم خص بني هاشم بكراهة ذلك فقال عبد الله بن الحسن كانت
الخيل قليله في بني هاشم فاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تكثر فيهم وقد روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم ركب البغلة واتخذها ولو كان انزاء الحمير على الخيل مكروها لما فعل ذلك
لان الركوب يدعوا اليه **قال** ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل في الهدية والاذن لانه لم يكن لهما قول صحيح
وانما ترك القياس للعادة الجارية انهم يقبلون قولهما في الهدية والاذن في ساير الاعصار من
غير نكير ولانهم لو اعتبر في جواز ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوز لذلك وقد قالوا
انه يجب ان يعتبر في ذلك على غلبة الظن من السامع ومن صفات المخبر كاذا راى العبد ان يبيع شيا
لم يشتر منه شيا حتى يسال فان ذكر ان مولاه اذن له في ذلك وكان ثقة فلا باس بشرايه
منه وكذلك ان قال هذا اهداه اليك مولاي وان كان اكثر رايه انه كاذب لم يعرض له
راي لم يعرض بشي منه لان الاصل انه محجور عليه والاذن طاري فلا يجوز اثباته بالشك وانما
قبلنا قول العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه من اخبار الديانات واذا قبل قوله في اخبار
الدين على خبر المعاملات اولى وقد قالوا في رجل في يده شي اخبر انه لغيره وانه وكله ببيعه
او وهبه له او اشتراه منه فان كان مسلما ثقة صدق فيما قال اذا كان اكثر رايه انه
صادق وان كان اكثر رايه انه كاذب لم يصدق وهذا اذا لم يعلم الملك لغير البايع الا من
جهته لان الناس في ساير الاعصار يقبلون قول الوكلا والدلالين من غير نكير وعلى
هذا ان علم ان الشي لغير البايع لا من جهته اعتبر في جوازه غلبة الظن وقد قالوا فيمن
باع شيا ولم يخبر ان ذلك لغيره فلا باس ان يشتريه منه ويقبل قوله انه له وان كان غير
ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشي فاحب الي ان يتنزه منه ولا يتعرض له بشرا
ولا غيره وانما جاز الشرا لان اليد والتصرف دلالة على الملك الا ان يعلم غيره ولان
الناس يشترون في ساير الاعصار من غير نكير من الثقات وغير الثقات فدل على جوازه
فاما اذا كان مثل ذلك الرجل لا يملك مثل ذلك نحو الفقير يبيع جواهر ثمينة او ما
اشبه ذلك لان الظاهر ينفي ان يكون مثل ذلك له ولم تدع وكالة من جهة الغير فيرجع
الى قوله فكان الاولى التنزه في ذلك **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق
وذلك لما بينا ان هذا من اخبار المعاملات وفي اعتبار العدالة تضييق على الناس فلذ

لم يعتبر ولما بينا ان في ساير الاعصار يقبلون قول الدلال والمنادي فيرجعون الى قولهما
وان كانت السلعة لغيرهما وقد اجمعت الامة على قبول قول الرسول في الهدية وكل اخبار
المعاملات معتبرة بذلك **قال** ولا يقبل في اخبار الديانات الا العدل وذلك
لانه خبر يتعلق بالدين فلا يقبل فيه غير العدل كاخبار الرسول صلى الله عليه وسلم
وهذا الذي ذكره مثل ان يخبره رجل مسلم ثقة بنجاسة الما فانه لا يجوز له ان يتوضا به
وان كان غير ثقة وغلب على ظنه صدقه فالاولى ان يتنزه وان توضا به جاز وكذلك
رجل تزوج امراة فاخبرهما ثقة ان بينهما رضاعا فالاولى ان يفارقها لان شهادة الواحد
لا يثبت بها الرضاع ولكن يلزم التنزه عنه وكفيها وقد دل على ذلك قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قيل في التفسير الكحل والخاتم وموضع ذلك هو الوجه
واليد ولان المراة قد تضطر الى كشف كفها في المعاملات للاخذ والاعطا والى كشف
وجهها للقيام عليها بالشهادة فرخص لها في ذلك ولم يجعل عورة فاما قدمها فلا يجوز
النظر اليها في احدى الروايتين لان الحاجة لا تدعوا اليه ويجوز في الرواية الاخرى
لما روي عن عبد الله بن مسعود في تاويل قوله تعالى الا ما ظهر منها قال القرط
والخلخال **قال** فان كان لا يامن الشهوة لم ينظر الى وجهها الا لحاجة وذلك لما
روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني نظرت الى امراة فاشتهيتها
فاتبعتها فضرب راسي جدار فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اذا اراد
بعبد خيرا عجل عقوبته **قال** ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها والشاهد
اذا اراد الشهادة عليها ان ينظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي وذلك لان الحاجة
تدعوا الى النظر في هذا الموضع لغير الشهوة فجاز مع خوف الشهوة كما يجوز للشهود
النظر الى العورة عند الزنا ليقيموا الشهادة وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها
لما روي ان المغيرة بن شعبة اراد ان يتزوج امراة فقال له النبي صلى الله عليه
وسلم انظر اليها فانه احرى ان يودم بينكما ولا ينبغي ان يمس شيا من ذلك اذا كان
ممن تشتهى لان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر فمنع منه من غير حاجة
ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها وذلك لان النظر الى هذه المواضع محرم والضرورة
تاثير في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة والخمر عند الضرورة وخشية التلف

كذلك هذا وقد قالوا ينبغي ان يعلم امراة دوا ذلك الموضع الذي فيه المرض فاذا لم
يقدروا على امراة وخافوا على صاحبة الجرح فلا باس ان يستر كل شي منها سوا موضع
المرض ثم يداويه الرجل ويغض بصره ما استطاع لما بينا **قال** وينظر الرجل من الرجل
الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر ان يدخل الحمام الا بميزر وعن ابي ايوب
انه قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول ما فوق الركبه من العورة وما اسفل
الركبة من العورة وعن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له لا تنظر الى فخذ
حي ولا ميت **قال** ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منها لان بدن الرجل
ليس بعورة فجاز لها النظر اليه فان كانت اذا نظرت اليه لا تامن ان تشتهي وكان على
اكثر رايها فاحب الي ان تغض بصرها عنه لتامن من موافقة المحظور **قال** وتنظر المراة
من المراة الى ما يجوز للرجال ان ينظر اليه من الرجل وذلك لان المراة لا تشتهي المراة غالبا
كما لا تشتهي الرجل الرجل فاذا كان للرجل النظر الى الرجل كذلك يجوز للمراة النظر الى المراة
فان قيل قد روي بن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال امنعوا النسا عن الحمام الا
مريضة او نفسا وعن بن عمر حرام على النسا دخول الحمام بازار وغير ازار قيل له
المراد بذلك الحث على حفظهن ومنعهن من الخروج وفعل ما هو اقرب الى الستر
بدليل ان النسا يدخلون في سايرا الاعصار الحمام من غير نكير **قال** وينظر
الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وذلك لما روي ان عايشة رضي الله
عنها قالت كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من الجنابة من انا واحد
ولو لم يجز النظر لم يتجردا في مكان واحد ولانه يجوز له الاستمتاع بجميع بدنها
وحرمة الاستمتاع اعظم من حرمة النظر فجواز النظر اولى فان قيل روي عن
عايشة انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى ما منه
ولا نظر الى ما مني قيل له هذا لا يدل على تحريم النظر وانما ثبت بذلك مكارم الاخلاق
مع جواز النظر بدليل ما قلناه **قال** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه
والراس والصدر والساقين والعضدين وذلك لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن او ابايهن او ابا بعولتهن فاباح ان يبدين موضع الزينة والمراد
موضع

موضع السوار والعقد موضع الدملج والصدر موضع القلايد فدل على جواز النظر الى
ذلك وقد روي ان الحسن والحسين عليهما السلام كانا يدخلان على اختهما ام كلثوم وهي
تمتشط وعن محمد بن الحنفية مثله **قال** ولا ينظر الى بطنها وظهرها وذلك لقوله
تعالى الذين يظاهرون من نسايهم فحرم الزوجة بتشبيهها بظهر امه فلو جاز النظر الى ظهر
امه لم تحرم زوجته حين شبهها بالحلال واما البطن فهو اولى بالمنع لانه محل الشهوة
قال ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا قدم من سفره قبل راس فاطمة عليها السلام وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه
انه قبل راس عايشة ومحمد بن الحنفية قبل راس امه وروي ان محمد بن ابي بكر ادخل يده
في هودج عايشة يوم الجمل فوضعها على صدرها فقالت من ذا الذي وضع يده في موضع ما وضعه
احد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا اخوك **قال** وينظر الرجل من مملوكة
غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه وذلك لما روي عن انس انه قال كان في
بيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه وكن الاما يخدمننا كاشفات رووسهن ولان الامة سلعة
تدعو الحاجة الى تقليبها والنظر الى المقصود من محاسنها فلذلك فارقت الحرة فيما ينظر
اليها فاما ظهرها وبطنها فلا ينظر اليه لانه اذا امتنع فيه في ذوات المحارم مع عدم الشهوة
في الغالب ففي الامة اولى **قال** ولا باس ان تمس ذلك اذا اراد الشرا وان خاف ان يشتهي
وذلك لما روي ان بن عمر مر بالسوق فراى جارية تباع فضرب بيده على صدرها وقال
اشتروا بارك الله عليكم ولان النظر انما جاز للحاجة والحاجة موجودة حال تقليبها
الى المشتري ليعرف بشرتها واذا كان كذلك هناك غير صحيح جايز والنظر والمس غير ممنوع منه
وان اشتهى كما قلنا في الشاهد والطبيب **قال** والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل
وذلك لما روي عن عايشة انها قالت انه رجل والمثلة لا تحل له ما حرم على غيره ولان
الشهوة موجودة فيه كوجودها في الفحل فاذا لم يجز لاحدهما النظر كذلك الاخر فان قيل
قال الله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل له قد اختلف في تاويل ذلك
فقيل المراد به الشيخ الكبير الذي لا يشتهي مثله اذا كان خادما في البيت جاز له النظر
الى النسا وقيل المراد به الرجل الابله وحكايه النسا لا يشتهي ولا يعرف ما يشتهي من
النسا وقيل المراد به الخصي الذي جف ماوه فلا يشتهي فالاية متشابهة وقوله

تعالي قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فحكمه فلا يجوز تركها بالمشابه والذي يبين ذلك
صحة ما روي انه كان في بيت ام سلمة هيت المخنث فلما حاصر رسول الله صلي الله
عليه وسلم الطايف قال هيت لعمر بن ام سلمة اذا فتح الله علينا الطايف دللتك علي
بنت غيلان فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم او هذا
يعرف هذا لا يدخل عليكم **قال** ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الي ما يجوز للاجنبي
النظر اليه منها وذلك لما روي عن سعيد بن المسيب انه قال لا تغروا بهذه الاية
او ما ملكت ايمانكم فانها نزلت في الاما دون العبيد وعن جابر وابن عباس لا يجوز للعبد
ان ينظر الي مولاته معقد ازرها ولان تحريم مناكحتها لا يحرم عليه علي التابيد والتحريم
الموثر في جواز النظر ما كان علي التابيد **قال** ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل
عن امراته الا باذنها وعن جابر ان رجلا جا الي النبي صلي الله عليه وسلم فقال ان لي
جارية وهي خادمتنا وانا اطوف عليها وانا اكره ان تحمل مني فقال اعزل عنها ان
شيت فسياتيها ما قدر لها فجا بعد ذلك فقال قد حملت فقال قد اخبرتك انه سياتيها
ما قدر لها ولان الحرة لها حق في الوطي بدليل ثبوت الخيار لها عند ثبوت العنة فيه وهو
العنة فوقف العزل علي اذنها والامة لا حق لها فلم يعتبر اذنها واما الزوجة الامة فالاذن
في العزل الي مولاها وقال ابو يوسف اليها وجه قولهما ان الولد حق للمولي بدليل انه يملكه
فكان الاذن في العزل اليه كالحرة لما تعلق بالولد حق لها وهو الحضانة كان الاذن اليها وجه
وجه قول ابي يوسف ان العزل فيه نقص في الجماع وذلك حق لها دون السيد فوجب
ان يرجع فيه اليها **قال** ويكره الاحتكار في قوت الادميين والبهايم اذا كان ذلك
في بلد يضر الاحتكار باهله والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه
قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وروي ابن عمر ان النبي صلي الله عليه وسلم
انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد بري من الله وقد بري الله منه ولان في ذلك
تضييقا علي المسلمين فلم يجز ولهذا نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي
الركبان واذا ثبت النهي قلنا الاحتكار ان يشتري طعاما من مصر او من مكان قريب من مصر
يحمل طعامه الي المصر وذلك مصر صغير يضر واما اذا كان المصر كبيرا لا يضر به لم يمنع منه
وكذلك تلقي الجلب **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر

وذلك

وذلك لانه كان له ان لا يزرع ارضه وكان له ان لا يجلب فلم يكن في الامتناع من بيعه اضرار في
اهل البلد **قال** ولا ينبغي للسلطان ان يسعر علي الناس وقال محمد اجبر المحتكر بن علي بيع ما
احتكروا ولا اسعر ويقال له بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ولا اتركه يبيع باكثر من
ذلك وقال مالك يسعر لنا ما روي ان السعر غلا بالمدينة فقالوا يا رسول الله لو سعرت
فقال ان الله تعالي هو المسعر ولان السعر تقدير للثمن الذي يباع به والانسان لا يجبر
علي البيع بثمن معين كساير املاكه والذي ذكره محمد في اجباره علي البيع انما هو قول
ابي يوسف ومحمد في جواز الحجر علي الحر فاما عند ابي حنيفة فلا يجبر علي البيع **قال**
ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة وذلك لقوله عليه السلام الفتنة نايمة فلعن الله من نبهها
وروي انه صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم وهذه الكراهة
اذا كان يعرف ان المشتري من اهل الفتنة فان لم يعرف المشتري لم يكره وجواز ان يستعمل
ذلك في المعصية كجواز ان لا يستعمله فلا يمنع من البيع بالشك ولكن اشتري ثوب ديباج
انه لا يكره بيعه وان جاز ان يلبسه او يدفعه الي زوجته **قال** ولا باس ببيع العصير ممن
يعلم انه يتخذه خمرا وذلك لان عين العصير لا يستعمل في المعصية وانما تحصل المعصية بعد الاستحالة
فهو كساير الاشيا المباحة وان امكن استعمالها في معصية ولا يشبه بيع السلاح في ايام الفتنة
لان السلاح يقع معصية بعينه فوزانه بيع العصير بعد ما صار خمرا فلا يجوز وقد قالوا لا يجوز
بيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيعهما اما السرقين فان الناس
ينتفعون به في ساير الاعصار منفعة عامة من غير نكير واباحة الانتفاع يدل علي جواز البيع
واما العذرة فالصحيح عندهم انه لا يجوز الانتفاع بها حتي يغلب التراب عليها لان عين النجاسة
يكره الانتفاع بها كالخمر وان غلب التراب عليها زال حكم العين وصارت النجاسة تابعة فيجوز
الانتفاع بها كالثوب النجس واذا جاز الانتفاع بها جاز بيعه وقد قال ابو حنيفة لا باس
بعيادة اليهودي والنصراني لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه دخل علي يهودي
يعوده فقال له قل اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فسكت فاعاد ذلك
ثلثا فاسلم فخرج رسول الله صلي الله عليه وسلم وهو يقول الحمد لله الذي اعتق
بي رقبة من النار وقد قال الله تعالي لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم
يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم وهذا يدل علي جواز مخالطتهم وبرهم

وكان يكره ان يدعوا الرجل فيقول اسالك بمقعد العز من عرشك **قال** ولا ينبغي للرجل ان يدعوا
الله تعالى الا به ويكره ان يقول بحق خلقك او بحق فلان او بحق انبيايك ورسلك وذلك لانه
لا حق للخلق على الخالق واذا اضاف العز الى مكان بعينه اوهم كون الموصوف بالعز في ذلك
المكان تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وعن ابي يوسف جواز ذلك لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال في دعايه اللهم اني اسالك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من
كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامه ولا باس بربط الخيط في اصبعه او خاتمه
للحاجة **قال** ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وكل اللهو وذلك لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لهو المومن باطل الا في ثلث تاديب فرسه ورميه
عن قوسه وملاعبته لاهله وقال ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر وقد قالوا في مسلم
باع خمرا واخذ ثمنها ليقضي بها دينا عليه انه يكره لصاحب الدين اخذه اذا علم ذلك لما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم
فباعوها واكلوا ثمنها الم يعلموا ان الله تعالى اذا حرم شيا حرم ثمنه ولا باس بالحقنة
لانها تداوي وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يخلق داء الا خلق له دوا
الا السام يعني الموت ويكره في مسجد الجماعه ان تكون قبلته متوضا او حماما لان الامر
بتعظيمه وتنزيهه وفي ذلك استخفاف به فمنع منه وقد قالوا في رجل قال ان لم
اكن وجدت فلانا على حرام فامراته طالق ثم ذكر انه قد راه قد خلا بامراة اجنبية
قال اما في القضا فتطلق امراته لانه ليس بحرام لان الخلوة بالاجنبية يكره ولا
يطلق عليه اسم الحرام فلم يوجد شرط البر فحنث وقد قالوا في رجل وضع درهما
عند بقال فاخذ منه كل يوم ما شا انه يكره ذلك ولكنه يستودعه الدرهم فياخذ
منه ما شا بشي مسمى وذلك لانه اذا ملكه الدرهم فهو قرض واذا شرط انه ياخذ
به حالا فيما يريد فله في ذلك منفعة فيصير في معنى القرض بشرط المنفعة فيكره
واذا اودعه فليس بقرض وانما ملكه بما يعطيه جزوا جزوا فلا يكره وقالوا في رجل
اشتكى فاشترى له بغير امره شيا فاكله او اشترى له ابنه او والده استحسن
ذلك ولا يجوز في المتاع الا ما يحتاج اليه المريض وان كان في سفر فاشترى له من
معه جاز وان كان اجنبيا لان المريض في العادة يشتري له اهله ما يحتاج اليه

كالماذون من طريق النطق وكذلك رفيقه في السفر هو في حكم اهله لانه هو الذي يقرب
منه وعن ابي يوسف في دار يجمع فيها من امير ومعازف قال ادخل عليهم بغير اذنهم
لانكار المنكر وذلك لان المنع منه واجب فلو لم يجز الدخول الا باذنهم لم يمكن المنع منه
وعنه في رجل يريد ان يوصي وله ورثة صغار قال يتركه لورثته افضل لقوله صلى
الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وعن
ابي بكر وعمر وعايشة انهم قالوا لان توصي بالربع احب الينا من ان توصي بالثلث ولان يوصي
بالخمس احب الينا من ان توصي بالربع **قال** واكره ان يوصل الشعر ولا اكره غير شعر
بني ادم وذلك لان ما انفصل من الادمي من الاجزا لا يحل الانتفاع بها وانما يجب دفنها
وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم الواصلة والمستوصلة وهي التي توصل شعرها بشعر
غيرها وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا سقط من الرجل سن كره ان يعيدها ولكن ياخذ سنا من
شاة ذكية فيشد مكانها وقال ابو يوسف لا باس بذلك فوجه قول ابي حنيفة ان السن
اذا انفصل في حكم سن الميت الا ترى انها زالت عن الخلقة فكما يكره ان ينتفع بسن غيره كذلك
بسنه ووجه قول ابي يوسف ان السن لا تنجس بالانفصال لعدم الحياة فيها وانما يكره سن
غيره ولانه مستقذر في العادة وذلك لا يوجد في سن نفسه وكان ابو حنيفة يكره حمل الخرقة
التي يمسح بها العرق لما فيه من التشبه بالمجوس ولما فيه من الترفه وقد نهي عن ذلك ومن
اصحابنا من قال انما يكره ذلك اذا كانت خرقة لها قيمة كبيرة لما فيه من تضييع المال
وعن ابي يوسف في رجل مات وترك جدا واخا فقضى القاضي ان المال للجد وافتى له فقيه
اخر بمذهب زيد وذلك عنده اعدل لم يسع الاخ ان ياخذ شيا لان الحكم لما كان عن اجتهاد
لم يجز ان ينفسخ باجتهاد لا حكم معه ولان الفقيه المفتي بمذهب زيد لو ولي القضا لم يجز
ان يفسخ الحكم الاول فكذلك لا يجوز ان يفسخ بالاجتهاد ولو ان القاضي قسم المال بينهما
على قول زيد وكان الاخ يرى ان الجد اولى وهو ممن يجوز ان يفتي ويقضي فانه لا يسعه ان
ياخذ ما دفعه اليه القاضي اذا كان يرى انه باطل وعلى هذا قول ابي يوسف ان
قضى القاضي لا يحل له ما هو محرم في اجتهاده فاما على قول محمد فيحل له ذلك ويتبع
راي القاضي ويترك اجتهاده ولو ان فقيها قال لامراته انت طالق البتة وهو
يرى انها ثلث فلم يعزم على ذلك في امراته ولم يمضه حتى راى انها تطليقة واحدة تملك

الرجعة فامضى ذلك فيها وسعه ذلك وكانت امراته ولو كانت اول مرة يراها واحدة يملك
الرجعة فلم يعزم على شيء ولم يمضه حتى راها ثلثا لم يسعه المقام معها لانه لما لم يعزم
على امضا الاجتهاد حتى ظهر خلافه صار كالحكم اذا راى مذهبا فلم يحكم به حتى ظهر له خلافه
فان الحكم الثاني اولى ولو ان رجلا ليس بفقيه ابتلى بمسله فسال عنها بعض الفقها فافتاه
بحرام او حلال فلم يعزم على شيء حتى استفتا فيها اخر فافتاه بخلاف ذلك فامضا ه
في زوجته وترك قول الاول وعزم عليه فيما بينه وبين زوجته ثم افتاه فقيه اخر
بخلاف ذلك لم يسعه ان يرجع الى قوله وذلك لان المجتهد اذا عزم ان يعمل على اجتهاده
ثم ظهر له اجتهاد اخر بخلافه لم يسعه ان يعمل على الثاني اذ امضى الاول ولا يتغير كذلك
المقلد اذا عزم على العمل بما افتى به لم يسعه ان ينقض ذلك بفتوى اخر قال محمد
في رجل فقيه قال لامراته انت طالق البته وهو يراها ثلثا فرافعته امراته الى قاض يرى
البتة واحدة رجعية فجعلها امراته وجعل ذلك تطليقة رجعية وسع الفقيه ان يقيم
على امراته وان كان يرى خلاف ما قضي به قال محمد وكل ما اقضى من قاض مما يختلف فيه
الفقها اذا قضي به على فقيه عالم يرى خلافه من تحليل او تحريم او عتاق او جد او ما ل
فانه ينبغي للفقيه ان ياخذ بما قضى ويدع رايه ويلزم نفسه ما الزمه القاضي وياخذ
ما اعطاه وروي عن ابي يوسف انه لا يسعه ان يقيم عليها ويجب عليه ان ياخذ براي نفسه
ولا يلتفت الى اباحة القاضي فيما يعتقده حراما ولو كان رايه انها واحدة رجعية ففرق
القاضي بينهما لم يسعه ان يطاها ولا يعترض في حكم القاضي بشي وجه قول ابي يوسف
ان المجتهد متعبد بما ادى اليه اجتهاده دون اجتهاد غيره فلم يجز له ان يستبيح ما هو
حرام عنده وليس كذلك اذا اعتقدا باحتها وحكم القاضي بالتحريم لان حكم الحاكم
ينفذ فيما يسوغ فيه الاجتهاد فلا يجوز ان يبيحه مع تحريم القاضي له وجه قول محمد
ان المحكوم عليه يجب ان يتباع راي القاضي اذا راى ما يسوغ فيه الاجتهاد ويسقط
اجتهاده مع اجتهاده لان الاجتهادين اذا تعارضا وانضم الى احدهما الحكم فصار
كالو انضم الترجيح الى احدهما **كتاب الوصايا قال**
رحمه الله الوصية ليست بواجبة وهي مستحبة والاصل في جوازها قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين وقال سعد للنبي صلى الله عليه وسلم اوصي بثلث

مالي

مالي فقال الثلث والثلث كثير والوصية عند اصحابنا مندوب اليها مرغوب فيها وليست
بواجبة ومن الناس من قال بوجوبها وليس بصحيح لانها تبرع في ماله بعقد فلم يكن واجبا
كالهبة والعارية ولانها لا يلزمه حال حياته ولا يلزمه بعد موته كالاجارة والبيع فان قيل
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر له مال
يريد ان يوصي فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته عند راسه قيل له لا دلالة فيه على الوجوب
لانه خبر واحد ووجوب الوصية مما يعم به البلوى فلا يثبت باخبار الاحاد ومن الناس من قال
انها تجب للوالدين والاقربين واستدل بقوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين وهذا
لا يصح لانها منسوخة بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين الا ترى انه جعل المال
للوارث بعد الوصية المنكرة ولو كانت الوصية للوالدين والاقربين واجبة كانت وصيته
معرفة فلما نكرها دل على نسخها ومن اصحابنا من قال نسخت بقوله صلى الله عليه وسلم
لا وصية لوارث وهو خبر تلقته الامة بالقبول وعملوا بموجبه لاجله فصار في خبر ما يقع به
العلم فيجوز نسخ القران به على اصلنا في جواز نسخ القران بالسنة **قال** ولا تجوز الوصية
للوارث الا ان يجيزها الورثه وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه
فلا وصية لوارث وروي انه قال لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة **قال**
ولا يجوز بما زاد على الثلث وذلك لما روي ان سعدا قال للنبي صلى الله عليه وسلم اوصي
بجميع مالي فقال لا فقال اوصي بنصف مالي فقال لا قال اوصي بثلث مالي فقال الثلث
والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقال
صلى الله عليه وسلم ان الله جعل لكم ثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم وهذا
يدل على اختصاص الوصية بالثلث **قال** ولا وصية للقاتل وقال الشافعي في احد
قوليه تجوز الوصية للقاتل ابتدا وان قتل بعد الوصية لم تبطل الوصية وعندنا تبطل
دليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للقاتل شي وقد قال النبي
صلى الله عليه وسلم لا وصية لقاتل ولان الموصى له بالجرح استعجل ما اخره الله تعالى عنه
بفعل محظور فصار للمقتول كالحي في حقه اصله الوارث اذا جرح المورث فان قيل ما لا يمنع
الوصية في حق الصغير لا يمنعها في حق الكبير اصله حفر البير قيل له الحافر لم يوقع فعلا في الواقع
لانها اتصل به فلم يمنع الوصية بفعله والمباشر اوقع الفعل في المقتول فاثر ذلك في استحقاقه

مما يستحق بالموت كالميراث واذا اجاز الوصية للقاتل قال ابو حنيفة ومحمد يجوز وقال ابو يوسف لا يجوز وجه قولهما ان المنع من هذه الوصية لحق الوارث الا ترى ان حظه يتوفر بابطالها فصار كالوصية للوارث فيقف على الاجازة وجه قول ابي يوسف ان المنع من ذلك لحق الله تعالى كما يمنع الميراث ثم الميراث لا يقف على الاجازة كذلك هذا **قال** ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم وذلك لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم والوصية من البر ولانه من اهل دار الاسلام فجازت وصية المسلم له كالمسلم واما جواز وصية الكافر للمسلم فلان من جازت وصية المسلم له جازت وصيته للمسلم كالمسلم **قال** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل والكلام يقع اولا في ان الوصية يفتقر الى قبول الموصى له وقال زفر لا يفتقر الى القبول وهو احد قولي الشافعي وجه قولهم انه تمليك بعقد فوقف على القبول كالتمليك والهبة والبيع ولان الوصية لو دخلت في ملك الموصى له بغير قبوله كان الموصي قد الزمه الملك بغير اختياره والانسان لا يملك نقل الشي الى ملك غيره بغير اختياره الا ان يكون له عليه ولاية ولا ولاية للموصي على الموصى له وجه قول زفر انه ملك ينتقل بالموت فلا يفتقر الى القبول كالميراث واذا ثبت ان القبول معتبر قلنا لا يصح الا بعد الموت وذلك لان الوصية تمليك يتعلق بالموت بدليل انه اذا وصى بثلث ماله او بثلث غنمه يستحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان في ملكه وقت الوصية واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان القبول بعد ذلك وما يوجد من القبول والرد قبل الموت لا يعتد به لانه قبل الايجاب وقد قالوا اذا مات الموصي زال ملكه عن الثلث ولم يدخل في ملك الورثة ولا في مال الموصى له حتى يقبل وذلك لان الموت يوثر في زوال الاملاك فلا بد من زواله والقبول شرط في انتقاله الى الموصى له ولم يوجد ولا ينتقل الى الورثة لان حق الموصى له متعلق به وتعلق الحق بالمال يمنع من انتقاله الى الورثة فيزول عنه ملك الميت ولا يملكه احد بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار على قول ابي حنيفة وقد قال الشافعي في احد قوليه ينتقل الى الوارث ثم ينتقل بالقبول من الوارث الى الموصى له واذا اوصى بما زاد على الثلث ثم مات فما زاد على الثلث ينتقل الى ملك الوارث ويملكه ملكا مراعا فان اجاز حكمنا بزوال ملكه وانتقال ذلك الى الموصى له بالموت وان رد استقر ملكه وقال الشافعي ينتقل الى الوارث ثم منه الى الموصى له قولا واحدا

وهذا

وهذا الخلاف مبني على اصل وهو ان من اوصى بجميع ماله فاجازت الورثة فهو تمليك من الميت وكذلك الوصية للوارث وقال الشافعي في احد قوليه تكون هبة من الورثة ان قبضت صحت والا بطلت وفي القول الاخر الاجازة تنعقد للوصية لنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان تشا الورثة فاثبت بالاستثنا ما نفاه فاقتضى ان يكون ذلك وصية بعد الاجازة ولانه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فاذا اسقط الغير حقه نفذ العقد من جهة العاقد اصله اذا اوصى وعليه دين فابراه الغرما من دينهم فان قيل لو اجازت الورثة في مرضه كان ذلك من ثلث ماله فدل على انه تمليك من جهته قيل له الوارث عن المال بفعله واسقاط الحقوق عن الاموال تكون من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة دراهم بدرهم ثم رده بالعيب في مرضه كان من الثلث وان لم يكن تمليكا كذلك هذا **قال** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث لحديث سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له الثلث والثلث كثير وقد دلت الاخبار كلها على استحباب الوصية لمن له مال كثير واما من له مال قليل وله ورثة فالاولى ان لا يوصي لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وفي حديث عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كفى بالمرء اثما ان يضيع من يعوله **قال** واذا اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورد في غير وجهه فليس برد وان ردها في وجهه فهو رد وجملة ما يقال في هذا الموضع ان الموصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري مجرى قبوله لانه متبرع بالتصرف والتصرف لا يلزم الانسان الا برضاه وانما قلنا ان قبول الوصي يصح في حال الحياة الموصي لان تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي فلو وقف القبول والرد على الموت لم يومن ان يموت الموصي ولم تسند وصيته الى احد فيكون ذلك اضرارا به فلذلك جوزوا القبول في حال الحيوة ولا يشبه هذا قبول الموصى له انه لا يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقدم القبول على الموت واذا ثبت هذا قلنا اذا قبل في حال الحيوة ثم رد بعد حضرته لم يصح الرد لانه لما قبل الوصية فقد سكن الموصي اليه فلو اراد ان يخرج نفسه من الوصية بغير حضرته كان في ذلك تغرير بالموصي الا ترى انه يموت ولا وصي له وهذا لا يجوز كما لا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا اراد في وجهه يبطل الوصية لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شا

ينتقل الى الورثة ثم ينتقل الى الموصى له [illegible] فاذا اوصى بما زاد على الثلث [illegible] ينتقل الى الورثة [illegible] وان رد [illegible]

اقام على التبرع وان شاء رجع ولان الانسان قد يقبل الوصية ظنا منه انه مقتدر ان يقوم بها فاذا علم انه لا يتمكن من القيام بها فلم لا يجوز له الرجوع اضر ذلك بالوصي والورثه وهذا لا يصح وقولنا في اول الفصل ان الوصية لا تلزم الوصي الا بالقبول او ما اجري مجري القبول هو اذا مات الموصي على قبول الوصي ثم تصرف الوصي فتصرفه بمنزلة قبوله لانها تمت من جهة الموصي ووقف على حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع المشروط فيه الخيار **قال** والموصا به يملك بالقبول الا في مسئله واحدة وهي ان يموت الموصي ثم يموت الموصا له قبل القبول فيدخل الموصا به في ملك ورثته وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان تبطل الوصية لانها موقوف على القبول وقد فات ذلك بالموت فبطلت الوصية كما يبطل ايجاب البيع بموت المشتري قبل القبول وجه الاستحسان ان الوصية قد تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما وقفت على حق الموصا له فاذا مات دخلت في ملكه كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة **قال** واذا اوصي الى عبد او فاسق او كافر اخرجهم القاضي من الوصية ونصب غيرهم اما العبد فلان منافعه لمولاه فلو اقره في الوصية وهو لا يقدر على القيام بها كان في ذلك تضييع لامر الميت وان اجاز المولي فله ان يرجع ويمنع العبد من التصرف فكان الاولي اخراجه منها ولو تصرف العبد بالوصية قبل ان يخرجه القاضي منها جاز تصرفه لان تصرف العبد بالوصية بمنزلة تصرفه بالوكالة فاذا جاز تصرفه في احدهما كذلك في الاخر واما الكافر فاطلاق لفظ صاحب الكتاب يقتضي جواز الوصية اليه وذكر الشيخ ابو الحسن انها باطله ويحتمل ان يكون معني ذلك ان للقاضي ان يبطلها ويحتمل انها باطله على الحقيقة ووجه ذلك ان الوصي يتصرف بالولاية والكافر لا يثبت له ولاية على المسلم ولانه متهم في حقه ايضا ووجه ما ذكره في الكتاب انه يجوز ان يتصرف بالوكالة فكذلك بالوصية اصله المسلم الا ان القاضي يخرجه منها للتهمة التي تلحقه في حق المسلمين واما الفاسق فان القاضي يخرجه منها للتهمة لانه متهم على الورثة فان تصرف قبل ان يخرجه فتصرفه جايز لانه يتصرف من طريق الامر فلا يمنع الفسق ذلك كالوكيل وقد قال الشافعي يعتبر ان يكون عدلا عند الوصية والا لم تصح الوصية اليه بدليل انه لا يجوز اقراره على الوصية فلا تصح الوصية اليه وهذا يبطل بما اذا اوصي الى ضعيف لا يقدر على التصرف منفردا

قال

قال ومن اوصي الى عبد نفسه وفي الورثه كبار لم يصح الوصية وذلك لان الوارث الكبير يلي على العبد بدليل انه يملك بيعه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية على من يلي عليه بالوصية وقد ثبت للوارث الولاية على العبد بالملك فلذلك لم تصح الوصية وقد ثبت للوارث الولاية على العبد بالملك فلذلك لم تصح الوصية واما اذا كان جميع الورثه صغارا اجازت الوصية اليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه يجوز تصرفه عليهم حال حياة ابيهم بامره فجاز تصرفه عليهم بعد موته لوصيته كالحر ولانه جاز تصرفه عليهم بعد بلوغه بامرهم فجاز تصرفه عليهم في حال صغرهم بوصية ابيهم اصله الحر وجه قولهما ان من لا تصح الوصية اليه اذا كان في الورثه بالغ لم تجز الوصية اليه اذا لم يكن فيهم بالغ كالمجنون الجواب انه اذا كان فيهم بالغ فانه يملك صرفه عن التصرف ببيعه ويستحيل ان يلي عليهم وصرفه بيدهم فان قيل فان كانوا صغارا فالقاضي يلي في بيعه اذا راي ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية اليه لانه يلي على الاحرار مع جواز الوصيه اليهم **قال** ومن اوصي الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم القاضي اليه غيره وذلك لان الورثه لا ينتفعون به واخراجه من الوصية لا يجوز له لانهم غير متهم اذا كان عدلا ثقة فيلزم القاضي ان يقوي تصرفه ويكمله بضم غيره اليه واما اذا كان قادرا على التصرف وناهضا بالوصية وهو من اهل الولاية فليس للقاضي الاعتراض عليه لانه اذا اقام غيره مقامه اقام من هو في مثل صفته فاذا تساويا فوصيه للميت اولي **قال** ومن اوصي الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في شرا كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضا دين بعينه وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت وقال ابو يوسف يجوز لكل واحد منهما ما صنع وجه قولهما ان الموصي رضي برايهما ولم يرض براي احدهما وراي الاثنين يخالف لراي الواحد فلم يجز انفراد احدهما كالوكيلين وجه قول ابي يوسف ان الوصي يتصرف بالولاية فصار كالوليين في النكاح فينفرد كل واحد منهما بالتصرف قيل له الولاية اذا تعلقت بنسب يتبعض جاز ان يعتبر فيها الاشتراك اصله ولاية الموليين على تزويج الامة واذا ثبت من اصلهما انه لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فلا يعتبر ذلك الا فيما يكون في تاخيره ضررا ويكون مما لا يفتقر الى الراي كشري الكفن والطعام والكسوة في تاخيره الي ان يجتمعا ضررا

ويكون مما لا يفتقر الي الراي والموصي قصد الاحتياط ولم يقصد الاضرار وكذلك الخصومة
لانهما اذا اجتمعا عليها لم يفهم عن واحد منهما وكان اجتماعهما ضررا واما تنفيذ وصية بعينها
وعتق عبد فان ذلك لا يقف علي الراي واجتماعهما انما يحتاج اليه للراي واما قضا الدين فان
صاحبه لو اخذه من مال الميت ابتدا جاز فنعل احد الوصيين ولي بالجواز وقال الشافعي
لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في هذه الاشيا لانه اشرك بينهما في التصرف فلا يجوز ١
لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في هذه الاشيا لانه اشرك بينهما في التصرف كالوكيلين الجواب
انه اذا وكل اثنين بما لا يختلف اختلاف الراي جاز ان ينفرد احدهما به كالطلاق فلا فرق
بينهما **قال** ومن اوصي لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله فلم يجز الورثة فالثلث
بينهما نصفان وذلك لان ما زاد علي الثلث موقوف علي اجازة الورثة فاذا لم يجيزوا ضاق
الثلث عن حقهما وقد تساويا في الوصية فتساويا في الثلث لان التساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق كالابنين في الميراث **قال** فان اوصي
لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان الثلث يضيق عن حقهما وكل واحد
منهما يدلي بسبب صحيح فنقسمه علي قدر حقهما كاصحاب العول وكاصحاب الديون اذا ضاقت
عنهما التركة فنجعل لصاحب السدس سهم من سته ولصاحب الثلث سهمان فيقسم الثلث
علي ذلك **قال** وان اوصي لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلث ماله فلم تجز الورثة فالثلث بينهما
علي اربعة عند ابي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان
وكان ابو حنيفة لا يضرب للموصي له بما زاد علي الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
وجه قول ابي حنيفة انه اوصي بما جعل له ان يوصي به فلم يكن للموصي له ان يضرب بما لا يجوز
الوصية به اصله اذا اوصي له بعبدين فاستحق احدهما واوصي لاخر بعبد واحد لم يضرب
صاحب العبدين بالمستحق لما ذكرنا ولان الموصا له بما زاد علي الثلث سببه غير صحيح
بدليل انه لا يستحق ذلك الا بالاجازة والموصا له بالثلث سببه صحيح بدليل انه يستحقه
مع غير اجازة مع قيام حق الورثة ومن كان سببه صحيحا لا يساوي من لم يصح سببه ولا
يلزم اذا اوصي لرجل بثلث ماله ثم اوصا بالثلث لاخر لان كل واحد منهما تعلقت وصيته
بمقدار يجوز ان يوصي به ويجوز ان يسلم له بالوصية من غير اجازة مع قيام حق الورثة
وهو ان يرد الموصا له الاول الوصية او يموت قبل الموصي والوصية بالجميع لا يجوز ان يسلم

للموصى

للموصا له مع قيام حق الورثة الا بالاجازة وجه قولهما انه فاضل بينهما في الوصية من ما لم
توجب ان يتفاضلا كما لو اوصي بالربع والثلث وكالدراهم المرسلة الجواب انه اوصي لكل واحد
منهما بما يجوز ان يستحقه حال الانفراد من غير اجازة وفي مسلتنا بخلافه واما الدراهم المرسلة
فالوصية بها لم تنعقد علي حق الوارث ويجوز ان يتعلق الاستحقاق بجميعها من غير اجازة مع
قيام حق الورثة بان يزيد المال فلذلك جاز ان يضرب فيها بجميعها وان زادت علي قدر الثلث والوصية
بجميع المال بخلاف ذلك فان قيل قد قال ابو حنيفة فيمن اوصي بعين من تركته تجاوز قيمتها
الثلث ان الموصا له لا يضرب الا بقدر الثلث وان جاز ان يخرج من الثلث بزيادة المال
قيل له هذه وصية بعين يتعلق حق الورثة بها فهو كالوصية بما زاد علي الثلث وليس كذلك
الدراهم المرسلة لانها لم تتعلق بعين التركة بدليل ان مال الموصي لو هلك ثم استفاد مالا لم
تبطل الوصية فعلم انها لم تتعلق بعين التركة التي يتعلق بها حق الورثة وفي مسلة الالزام
لو هلكت العين فاستفاد مثلها بطلت الوصية فدل انها متعلقة بعين التركة واذا ثبت
من اصل ابي حنيفة انه لا يضرب الموصا له بما زاد علي الثلث رده الي الثلث فيصير كانه اوصي
لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما نصفان وعلي اصلهما يضرب كل واحد منهما بجميع
وصيته فيكون بينهما علي اربعة فاما المسايل التي استثناها ابو حنيفة فالدراهم المرسلة
وهو ما كان وصية بشي بغير عينه ولم ينسب الي جزو من المال لما بينا انها لا يتعلق بحق الورثة
والعتق الموقع في المرض والموصا به والمتعلق بالموت والمحاباة في المرض ايضا وصايا بالسعاية
وبقدر المعاينة وذلك دراهم مرسلة فالمعني فيها واحد فهذه خمس مسايل يضرب
الموصا له فيها بما زاد علي الثلث في قول ابي حنيفة **قال** ومن اوصي وعليه دين يحيط
بماله لم تجز الوصية الا ان يبرا الغرما من الدين وذلك لما روي عن علي عليه السلام
انكم تقرون الوصية قبل الدين وانما هي بعده وكذلك عن ابن عباس ومعناه
في الاية تقديما وتاخيرا فدل علي تقدم الدين علي الوصية ولان الدين واجب والوصية
تبرع والواجب مقدم علي التبرع ثم هما جميعا مقدمان علي الميراث لان الله تعالي اثبت
الميراث بقوله من بعد وصية يوصي بها او دين **قال** ومن اوصي بنصيب ابنه فالوصية
باطله وروي الحسن بن زياد عن زفر ان ذلك يصح وجه قولهم ان نصيب الابن هو ما
يستحقه من الارث فكانه اوصي له بما يستحقه ابنه بعد موته فلا يصح ولان الوصية

تعلقت بملك الغير فلا يصح كما اوصي له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصي بما يملكه في الحال
وانما يصير في الثاني للابن وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله الوصية بثلث ماله **قال**
فان اوصي بمثل نصيب ابنه جاز وهذا الذي ذكره يكون وصية بنصف المال اذا كان له ابن
واحد فان اجازه جاز والا كان له الثلث وقال مالك تكون وصية بنصف المال
اذا كان له ابن واحد فان اجازه جاز وان اوصي له بمثل نصيب ابنه ومثل الشي غيره
فهذا يقتضي اثبات النصيب واثبات مثله للموصى له وجه قول مالك ان الابن يستحق
جميع المال ومثله هو الجميع فكانه اوصي له ابتدا بجميع ماله فيقف علي اجازة الوارث
قال فان كان له ابنان فللموصى له الثلث وذلك لانه جعل له مثل نصيب ابن فصار الموصى
له بمنزلة ابن اخر فيضاف الي عدد البنين واحد ويقسم المال عليه فوصيته في هذه المسئلة
الثلث فان اوصى له بمثل نصيب ابن لو كان وليس له ابن فله نصف المال ولو كان له ابن
كان للموصى له ثلث المال واصل ذلك انه يقدر ان الابن الاخر موجود وقد اوصي بمثل
نصيب احدهم **قال** ومن اعتق عبدا في مرضه او باع او حابا او وهب فذلك كله وصية
يعتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا والاصل في ذلك ان الوصية عبارة عما
اوجبه المريض في ماله بعد موته متطوعا وانما اختص اسم الوصية بما كان تبرعا لان ما هو
واجب لا يقف استحقاقه علي قول الميت وانما الذي يستحق بقوله ما لم يكن واجبا عليه
وما تبرع به حال المرض من العتق والهبة والمحاباة وما اشبه ذلك فليس بوصية في
الحقيقة لانه منجز قبل الموت فهو بمنزلة ما يجري حال صحته وانما اراد صاحب الكتاب
في قوله انه وصية في باب اعتباره من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا به وانما كان في حكم
الوصية لان حق الوصية متعلق بمال المريض حال مرضه فما وجبه في تلك الحال
يكون من الثلث كما لو علقه بموته وعلي هذا ما ابتدا المريض ايجابه علي نفسه في ذمته
فهو في حكم الوصية مثل الضمان والكفالة لانه متهم فيه كما يتهم في الهبة فكلما اوجبه
بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في صحته لانه علقه بحال حق الورثة فيه متعلق
بالمال فيعتبر حال الاضافة لا حال العقد فان كان صحيحا كان من جميع المال وان
كان مريضا كان من الثلث لانه لم يضفه الي حال مستقبله فاعتبر فيه حال الايجاب
وقد قالوا كل مرض صح منه فهو كحال الصحة فيما اوجبه فيه لان الحكم متعلق بثبوت

حق

حق الغير في مال الموصي فاذا برا من مرضه تبينا انه اوجب ولا حق لاحد في ماله **قال**
فان حابا ثم اعتق فالمحاباة اولي عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابا فهما سوا وقال
ابو يوسف ومحمد العتق اولي في المسئلتين وجملة ما يقال في هذا الموضع ان جميع الوصايا
اذا لم يكن فيها ما يجاوز الثلث وكل واحد من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم
بعضهم علي بعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح
والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض وذلك لان الوصايا قد تساوت بسبب كل واحد منها
سبب الاخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما
قدم العتق الذي ذكره لانه مما لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير العتق يلحقه الفسخ من جهة
الموصي وغير العتق يلحقه الفسخ من جهة الموصي وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
فصارت بمنزلة العتق واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما
من اهل الوصية ولا يقدم بعضهم علي بعض واذا ثبت هذا الاصل قلنا اذا حابا ثم اعتق
وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولي بالتقدم عند ابي حنيفة وعندهما سوا وهو قول
الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان كل واحد من العتق والمحاباة قد ساوى الاخر في انه لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي والمحاباة مزية وهي انها تتعلق استحقاقها بعقد معاوضة فاذا تقدم
المعنى فقد ساوى المحاباة في الثبوت وحصل له مزية التقدم لان الانسان يقدم الاهم
فالاهم عند موته وللمحاباة مزية اخرى وهي تعلقها بعقد معاوضة فتساويا فاذا تقدمت
المحاباة صار لها مزية التقدم وتعلقها بعقد معاوضة فتساويا فاذا تقدمت المحاباة
صار لها مزية التقدم وتعلقها بعقد معاوضة وللعتق مزية واحدة وهي عدم الفسخ
فيه وقد ساوته المحاباة في هذه المزية فلذلك قدمت وجه قولهما ان العتق لا يلحقه
الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ اولي بالتقدم والجواب ان هذا
يبطل بالدين فانه لا يلحقه الفسخ وهو مع هذا يقدم علي الوصية لما تعلق بعقد يقتضي
الاستحقاق كذلك المحاباة **قال** ومن اوصي بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا
ان ينقص من السدس فيتم له السدس وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي
حنيفة رواية اخرى ان له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فيكون
له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له اقل سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث

يكون له الثلث وجه قول ابي حنيفة ما رواه عبد الله بن مسعود ان رجلا اوصي بسهم من
ماله فاعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس ذكر هذا الخبر الشيخ ابو بكر الرازي
عن هذيل بن شرحبيل عن بن مسعود فان قيل يحتمل انه اعطاه برضا الورثه قيل له نقل
الوصية والتقدير فالظاهر ان الحكم تعلق بالسبب المنقول وتعلقه بمعني اخر غير الظاهر
وعن اياس بن ابي معاوية السهم في لغة العرب عبارة عن السدس وكذلك ذكر الجاحظ وهو لا
اهل اللغة وقولهم حجة في الاسما ولان الميراث يتعلق بالسبب في الاصل واكثر سهام
ذوي الانساب هو السدس فتقدرت الوصية به وجه قولهما ان السهم يعبر به عن سهام
الورثه فيدفع اليه اقلها لانه متيقن الا ان يكون اكثر من الثلث فيرد الي الثلث لان الوصية
لا يصح باكثر من الثلث فان قيل لفظ السهم يحتمل القليل والكثير فصار بمنزله الجزء والنصيب
قيل له لا نسلم ذلك علي ما بينا انه عبارة عن السدس والمعني في الجزء والنصيب ان الفاظ
لا يقع به في الفرايض الا تري انه لا يقال ثلث الفريضة جزء ولا نصيب ويقال
ثلث سهم فعلم ان السهم هو واحد من جملة واحدة معدودة والجزء والنصيب كل واحد
منهما لا يعبر به عن واحد من جملة مخصوصة وان اوصي بجزء من ماله قيل للورثه
اعطوه ما شيتم وذلك لان الجزء يعبر به عن القليل والكثير فوقف ذلك علي اختيار
الورثة فاي شي دفعوه اليه يتناوله اسم الوصية **قال** ومن اوصي بوصايا من
حقوق الله تعالي قدمت الفرايض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة
والكفارات وذلك لان امر المسلم يحمول علي الصحة ما امكن ومن شان المومن ان
يكون بادية الفرض اليه اهم من فعل النافلة وان اخره في لفظ الوصية فلذلك قدمت
الفرايض وان اخرها ثم الفرايض وان تساوت في القوة بدي بما قدمه الموصي اذا ضاق
عنها الثلث لان الانسان انما يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدي بالزكاة علي
الحج الفريضة وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخري يقدم الحج وجه
الرواية الاولي وهو قول محمد ان كل واحد منهما منصوص عليه في القران وهو فرض
الا ان الزكاة يتعلق بها حق الادمي فكانت اقوي وجه الرواية الاخري ان الحج يتعلق
بالبدن والمال والزكاة تتعلق بالمال وليس لها تعلق بالبدن فكان الحج اقوي فكان
اولي بالتقديم ثم يقدم الزكاة والحج علي الكفارات لانها اقوي وقد جا فيها من الوعيد

بمالم

بما لم يات في الكفارات وكفارة الظهار والقتل واليمين مقدمه علي صدقة الفطر لان القران
دل علي وجوب هذه الكفارات ولم يدل علي وجوب صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة
علي الاضحية لاتفاق الامة علي وجوبها وعلي هذا القياس يقدم بعض الواجبات علي بعض
قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي وذلك لان الموصي لا يقدم الا ما
هو اهم اليه فكان اولي بالتقديم كما لو صرح بذلك وقد قالوا ان الثلث يقسم علي جميع
الوصايا ما كان للادمي وما كان حقا لله تعالي فما اصاب القرب صرف فيها علي هذا
الترتيب الذي ذكرناه ويقسم علي عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة وان كان
المقصود بجميعها الله عز وجل وكل واحد في نفسه مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين
قال ومن اوصي بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث وذلك لان الوصية تنصرف الي ما وجب الله تعالي عليه
والذي اوجب عليه انما اوجب عليه من بلده بدليل انه يعتبر فيه من المال ما يكفيه
من بلده واذا انصرفت الوصية الي ذلك وجب اخراجها كذلك وقوله راكبا فلان الانسان
لا يلزمه الحج ماشيا فانصرفت الوصية الي ما وجبت عليه علي الصفة التي وجب عليها
فاما اذا لم تكف النفقه ذلك فالقياس ان لا يحج عنه لانه امر بحجة علي صفة وقد عدمت
الصفة الا انهم جوزوا ذلك لان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن
ولا يمكن تنفيذ الوصية في مسالتنا الا ان يحجوا عنه من حيث تبلغ النفقه فكان ذلك اولي
من ابطال الوصية **قال** ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصي ان يحج عنه
حج عنه من بلده عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث يبلغ استحسانا
وعلي هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في بعض الطريق فحج عن الميت من بلده وجه قول
ابي حنيفة وزفر ان الوصية تنصرف الي الحجة التي اوجبها الله تعالي وتلك الحجة التي وجبت
من بلده فوجب ان تودي عنه علي الوجه الذي وجبت عليه وجه قولهما ان السفر بنية
الحج قد تعلقت به قربة فسقط الفرض في تلك المسافة وصار كانه من اهل ذلك المكان
الذي انتهي اليه فيحج عنه منه وليس كذلك اذا خرج للتجارة لانه سفره ليس بقربة فلم
يسقط الفرض من بعض الطريق فلزمه الحج من بلده **قال** ولا يصح وصية الصبي
والمكاتب وان ترك وفا وقال الشافعي في احد قوليه تصح وصية المراهق لنا انه

تبرع فلا يصح من الصبي اصله عتقه وهبته ولانه استحقاق مال بقول الصبي فلا يثبت
كما لو اقر بدين فان قيل قد روي ان صبيا من غسان له عشر سنين اوصى لبنت عم له وارث
فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاجاز وصيته قيل له قول الواحد لا يكون حجة حتى
ينقرض العصر من غير خلاف وقد قال الشعبي والنخعي والحسن لا تجوز وصيته فبطل الاجماع
بالاجماع فلم يبق الا التقليد وذلك عندهم عذر وعندنا تقليد الصحابي لا يلزم اذا
خالف عموم لفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم واما المكاتب فانه لا يحتمل التبرع
فلا تصح وصيته كما لا تصح وصيته كما لا يصح عتقه وهبته **قال** ويجوز للموصي الرجوع
في الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة ولان القبول موقوف على الموت
والايجاب من غير قبول يصح ابطاله **قال** واذا صرح بالرجوع او قال او فعل
ما يدل على الرجوع كان رجوعا وذلك لانه مخير بين معنى العقد وابطاله فاذا فعل ما
يدل على الابطال قام مقام قوله قد ابطلت اصله البيع المشروط فيه الخيار اذا فعل
المشتري ما يدل على الابطال بطل خياره فاذا ثبت هذا قلنا كل فعل لو فعله الانسان
في ملك غيره يسقط حق المالك عن العين فان الموصي اذا فعله كان رجوعا لان تعلق
حق المالك عن العين فان الموصي اذا فعله كان رجوعا لان تعلق حق المالك بملكه يمنع
تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل يسقط حق المالك فلان يبطل
الوصية اولى فاما ما لا يسقط حق المالك من العين فهو على ضروب فكل موضع
اتصلت بزيادة لا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع وذلك مثل السويق اذا
لته بسمن لان السمن زيادة من مال الموصي لم يدخل في الوصية ولا يمكن تسليم
العين دونها فقد تعذر تسليم العين الموصى بها فتلك الوصية وكل تصرف اوجب
زوال ملك الموصي فهو رجوع كمن اوصى بعين ثم باعها ثم اشتراها لان البيع
اوجب زوال الملك ويستحيل ان تبقى الوصية مع ذلك واذا اوصى بشاة ثم
ذبحها بطلت الوصية لانه تصرف في نفس العين الموصى بها فيستدل به على الرجوع
الا ترى ان الملك في الوصية يقع بالموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى ذلك الوقت
فدل ذلك على الرجوع **قال** ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وهذا الذي ذكره
جعله اصحابنا قول محمد وقال عند ابي يوسف يكون رجوعا وجه قول

ابي يوسف ان الجاحد اف للوصية في الحال وفيما مضى والرجوع نفي لها في الحال فاذا
نفاها في الحالين فاولى ان يكون رجوعا وعلى هذا قالوا في المرتد اذا جحد الردة كان
ذلك توبة وجه قول محمد ان الرجوع اثبات الوصية فيما مضى وابطالها في الحال
والجحود نفي لاصل العقد وذلك لا يصح معه رجوع ولهذا قالوا ان جحود النكاح
لا يكون طلاقا **قال** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقال
محمد استحسن ان يكون للملاصق وغيره ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد
المحلة وهو قول ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الحكم المتعلق بالجوار والشرعة
هو الشفعة وذلك يختص بالملاصق وكذلك حكم الوصية يجب ان يحمل عليه وجه قولهما
ان الموصي قصد بالوصية من خالطه ويقرب منه وهذا المعنى يستوي فيه الملاصق
وغيره الا ترى ان بر الجار مستحب ولا يختص ذلك بالقريب دون البعيد كذلك
الوصية وانما اعتبروا من يجمعهم مسجد المحلة لانه قريب واختلاط واذا اختلف
المسجد زال الاختلاط وقد قال الشافعي في هذه المسألة الجوار الى اربعين دارا
واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال حق الجوار اربعون دارا هكذا
وهكذا وهكذا وهكذا وهذا خبر لا يعرف وقد طعن في روايته مع ذلك وقد قالوا انه يستوي
فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم على السوا
فاستووا في الاستحقاق **قال** ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امراته والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها
اعتق كل من ملك ذا رحم منها مما يملكه اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي
صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة
كل ذي رحم محرم منه لان الاسم يتناول هؤلا وقد قالوا نعم الختن القبر فدل على
ان الاصل الختن من اتصل بنسب الموصي **قال** ومن اوصى لاقربائه فالوصية للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه لا يدخل فيه الوالد والولد ويكون للاثنين فصاعدا
فان اوصى بذلك وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة وان كان له عم
وخالان فللعم النصف وللخالين النصف وقال ابو يوسف الوصية لكل من نسب
الى الموصي الى اقصى اب له في الاسلام وقال الشافعي يصرف الى جميع اقاربه من قبل

ابيه وامه القريب منهم والبعيد سوا والكلام في هذه المسلة في فصول
احدها اعتبار الاقرب فالاقرب عند ابي حنيفة والدليل عليه انه استحقاق بعد الموت
باسم القرابة فوجب ان يترتب فيه الاقرب فالاقرب اصله الميراث فان قيل تساووا
في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب ان يتساووا في الاستحقاق اصله اذا
اوصى لبني فلان قالوا والدليل على ان الاسم يتناول الجميع انه لما نزل قوله تعالى وانذر
عشيرتك الاقربين صعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الصفا وقال يا بني عبد مناف
ان الله تعالى امرني ان انذر عشيرتك الاقربين وانتم عشيرتي الاقربين وانا لكم نذير
مبين بين يدي عذاب شديد فدل على ان الاسم يتناول الجميع والجواب ان تعلق الاستحقاق
بالاسم يخالف الاجماع لان ابا حنيفة اعتبر الاقرب وابو يوسف ومحمد اعتبرا من
ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وقال الشافعي اعتبر من انتسب الى الاب الادنى
وما خالف الاجماع لا يصلح قوله والثاني انه مختص بذي الرحم المحرم لان الموصي قصد
الصلة لاقاربه وما طريقه الصلة يختص بذي الرحم المحرم اصله النفقة وجه قولهما
ان الاسم يتناول الجميع بدليل قصة الانذار واذا شملهم الاسم تساووا في الاستحقاق
الثالث انه لا يدخل فيهم الوالدان والولد لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان
ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين فعطف على الوالدين والمعطوف غير المعطوف
عليه ولان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره والاب والابن كل واحد منهما
اصل القرابة ويتقرب بنفسه فلا يتناوله اطلاق الاسم في العادة الا ترى انه
لا يقال هولا اقارب فلان وجه قولهما انه حكم يتعلق بالقرابة فلا يخرج منه الولد
والوالد اصله الميراث والنفقة الرابع انه اذا كان له عمان وخالان فالثلث
لعميه عند ابي حنيفة لانهما اقرب من الخالين على اصله في اعتبار الاقرب فالاقرب وعلى
قولهما هو بينهما ارباعا على اصلهما ان القريب والبعيد فيه سوا فان ترك عما وخالين
فلعمه النصف عند ابي حنيفة وللخالين النصف لان اسم القرابة يتناول الجميع ولفظه
اثنان واذا كانت الوصية لاثنين لم يجز ان يستحقها الواحد فيكون له نصف الثلث
ويبقى النصف الاخر لا يستحق له اقرب من الخالين فيكون بينهما وقد قال ابو حنيفة
اذا اوصى لذي قرابته وكان له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ يتناول

الواحد

الواحد **قال** ومن اوصى لرجل بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وذلك لان هذا الثلث قد كان يجوز ان يستحقه
الموصى له اذا وقعت القسمة بينه وبين الورثة فعلم ان الوصية تعلقت به وما تعلقت
به الوصية اذا كان يخرج من ثلثه الباقي من المال ينفذ الوصية فيه ولم يوثر في ذلك ما هلك
منه كما لو اوصى بثلث شي بعينه فاستحق ثلثاه وعلى هذا كل ما يقسم بعضه في بعض مثل المكيل
والموزون والابل والبقر والثياب اذا كان ذلك من جنس واحد لما ذكرنا **قال** وان كان
اوصى له بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الا ثلث ما بقي من الثياب وهذا صحيح وانما يريد اذا كانت الثياب مختلفة الاجناس
وذلك لان الباقي منها لا يجوز ان يستحقه الموصى له بالقسمة لما كان لا يقسم بعضها في بعض
فلم تكن الوصية متعلقة بالباقي فلم يجز ان يستحق الموصى له اكثر من ثلثه وعلى هذا سائر
الاموال مما لا يقسم بعضه في بعض اذا اوصى بثلثه كالدور والرقيق على قول
ابي حنيفة والجواهر **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفعت الى الموصى له وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين
وكلما خرج شي من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي وذلك لان الوصايا تعلق بثلث مال الميت
وهو ثلث العين وثلث الدين فان كانت ثلث العين يخرج منها القدر الموصى به وجب تنفيذه
لان الموصي غرضه تنفيذ الوصية وقد امكن ذلك فوجب ان ينفذ فان كانت الالف
اكثر من ثلث العين فقد علمنا ان بعض وصيته متعلق بالدين فكلما خرج جزء منه كان له ثلثه
لان الموصى له شريك للوارث وحق احد الشريكين لا يجب تقديمه على حق الاخر ولا يسلم
تقديمه على حق الاخر ولا يسلم للموصى له شي ويجب ان يسلم للورثة مثلاه وكلما هلك من
المال هلك على الحقين فلهذا قلنا ان ما خرج من الدين يقسمونه اثلاثا **قال** ويجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من يوم الوصية وذلك لانه ليس فيه اكثر من جهالة
الموصى به وجهالة الموصى له وذلك لا يمنع الوصية بدليل جوازها بثلث ماله وانما يتعلق
بثلث ماله الموجود عند الموت وهو مجهول ويجوز ان يوصي لولد فلان وهم مجهولون
واذا كان الوصية لا يوثر فيها الجهالة صحت للحمل وبالحمل وانما اعتبر وضعه لاقل من ستة
اشهر ليتيقن وجوده حال الوصية ان كانت الوصية له او كانت الوصية به **قال** وان

اوصي بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثنا وذلك لان اسم الجارية لا يتناول الحمل وانما يستحق الحمل باطلاق الوصية على طريق التبع فاذا افرد الامر بالوصية صح افراده ولان الحمل لما جاز ان ينفرد بالوصية ويملك الورثة الام دونه جازت الوصية بامه واستثناؤه اذ لا فرق بينهما **قال** ومن اوصي لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي قبل ان يقبل الموصا له ولدا ثم قبل وهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له وذلك لان الجارية قد خرجت من ملك الموصي بالوصية والموت وصح الايجاب فيها من جهته وهي موقوفة على الموصا له فما حدث من النما في هذه الحالة يكون للموصا له اذا قبل لانه نما من ملكه وانما اعتبرنا ان يخرجا من الثلث لان الموصا له وان كان قد ملك ذلك بالوصية الا ان ملكه يستقر بالقسمة وما يوجد من النما قبل القسمة يحدث على ملك الميت بدليل انه يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وصار بمنزلة الربح في المضاربة ان المضارب يملك الربح وهو على حكم ملك رب المال حتى انه لو هلك شي من المال بطل ملك المضارب كذلك ههنا يحدث على حكم ملكه ويصير كانه اوجب فيهما الوصية فلا بد من اعتبار خروجهما من الثلث **قال** وان لم يخرجا من الثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شي اخذه من الولد وجه قول ابي حنيفة ان الاصل في الوصية ما هو في الجارية والولد فرع وتنفيذ الوصية فيما اوصي به الموصي اولي فان لم يتم كمل من الولد لانه نما من العين الموصا بها وجه قولهما ان الولد لما دخل في الوصية صار كانه اوجب الوصية فيهما فيكون التنفيذ منهما على السوا **قال** وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكني داره سنينا معلومة وتجوز بذلك ابدا وقال ابن ابي ليلي لا تجوز لنا ان المنافع يجوز ان يستحق بعقد الوقف وكذلك السكني فجاز ان يستحق بالوصية كالثمرة والولد ولان التمليك في حال الحيوة يصح في الاعيان ويصح في المنافع دون الاعيان فكذلك بعد الموت وجه قول ابن ابي ليلي ان المنافع لا تنتقل بالميراث بدليل الاجارة فكذلك لا ينتقل بالوصية واذا ثبت جواز الوصية بالخدمة والسكني جاز ذلك مدة معلومة كالاجارة وجاز على الابد كما تجوز العمري **قال** فان خرجت رقبة العبد من الثلث سلم اليه ليخدمه وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصا

له يوما وذلك لان الموصا منع الرقبة من الورثة فصار كانه اوصي بها فان خرجت من الثلث سلمت اليه للخدمة وان لم تخرج من الثلث خدم على ما ذكرناه اثلاثا لان الموصا له شريك الوارث فلا يسلم له شي الا ويسلم للورثة مثلاه **قال** فان مات الموصا له عاد الي الورثة وذلك لان الموصي اوجب الحق للموصا له يستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقلت الي ورثته استحقها الوارث ابتدا من ملك الموصي ولم يوص له بشي فلا يجوز ذلك **قال** واذا مات الموصا له في حياة الموصي بطلت الوصية وذلك لما بينا ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت لانه معلق بوجود الموت فاذا مات الموصا له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشتري بعد موته **قال** واذا اوصي لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثي فيها سوا وذلك لان كل واحد منهم يتناوله اسم الولد على الانفراد فيتناوله على الاجماع واذا تساووا في تناول الاسم تساووا في الاستحقاق ولانه ليس في اللفظ ما يقتضي التفضيل **قال** وان اوصي لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وذلك لانه لما وصفهم بورثة فلان دل على انه قصد التفضيل لانهم يرثون فلانا على التفضيل فعلى ذلك يكون الوصية واذا اوصي لبني فلان قال ابو يوسف ومحمد الذكور والاناث فيه سوا وهو قول ابي حنيفة الاول ثم رجع فقال هو للذكور دون الاناث وجه قول ابي حنيفة الاول ثم رجع ان الابنة لا يتناولها اسم الابن على الحقيقة وانما يتناول الاسم الذكور والاناث حال الاجتماع على وجه المجاز ومن حكم اللفظ ان يحمل على الحقيقة ولا يحمل على المجاز الا بدليل ولا يشبه هذا اذا كان فلان قبيلة او فخذا لان الاضافة النسبية اليه لا يقصد بها الاعيان وانما يقصد به الانتساب وذلك موجود في الذكر والانثي وجه قولهما ان الذكور اذا اجتمعوا مع الاناث غلب اسم الذكور فيتناولهم الاسم جميعا وانما لم يتناولهم حال الانفراد فوجب حمل الوصية على ذلك **قال** ومن اوصي لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد وذلك لان الميت لا يصح له الوصية بحال فلا يزاحم الحي الذي هو اهل الوصية فصار كانه قال ثلث مالي لفلان والجدار وروي عن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فللحي نصف الثلث لان الاخر عنده كان من اهل الوصية فما لم يعلم بحاله فالوصية باقية في حقه في الظاهر فلم يستحق الحي جميع الثلث

فاذا علم بموته فوصيته له لغو فلم ينتقض الاول من وصيته **قال** وان قال ثلث
مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث وذلك لان لفظ الوصية لم يوجد
له غير النصف والذي بين الفرق بينهما انه لو قال ثلث مالي لفلان وسكت صحت
الوصية ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث بهذا **قال** ومن اوصى
بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت
وذلك لان الوصية عقد مضاف الى الموت والمضاف الى الشرط كالموجب عندها فصار
كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيستحق ثلث ما يملكه في تلك الحال ولا معتبر
بما قبله قال ابو حنيفة اذا اوصى الى رجل في بعض امره كان وصيا في جميع اموره
وهو قول زفر ورواية عن ابي يوسف وقال محمد يكون وصيا فيما اوصى اليه
وعن ابي يوسف وقال محمد يكون وصيا فيما اوصى اليه وعن ابي يوسف مثله وبه
قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان تصرف الوصي بولاية بدليل انه يتصرف
مع بطلان امر الاب ولو كان يتصرف من طريق الامر لم يجز تصرفه مع انقطاع الامر
كالوكيل فان قيل انما ينقطع الامر بالوكالة بالموت لان العقد وقع على التصرف
مع الحياة فاذا انقطع الموت لم يمتنع ان يكون العقد الذي ابتداه بعد الموت
لا يبطل وان تعلق بالامر قيل له الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كانت موجبة
حال الحيوة كذلك هذا وجه قول محمد ان الوصي جعل له التصرف في نوع من المال
دون نوع فلم يجز تجاوز ما جعل اليه كالوكيل قال اصحابنا من مات ولم يترك
وارثا معينا فاوصى بجميع ماله نفذت وصيته وقال الشافعي الامام ان يردها
فيما زاد على الثلث لنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد انك ان تدع
ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس فبين انه منع من الوصية
بما زاد على الثلث بما يخاف فقر الورثة وهذا لا يوجد فيمن لا وارث له معين ولانه
مال لم يتعلق به حق وارث معين فجاز لمالكه وضعه حيث شا اصله مال الصحيح وثلث
مال المريض فان قيل مال المريض له مصرف يستحق بموت مالكه فوجب ان لا يلزمه
الوصية باكثر من الثلث كما لو كان له وارث معين قيل له اذا كان هناك وارث
معين فقد تعلق حقه بالثلثين وتعلق حق الغير بالمال يمنع التصرف فيه كما ان تعلق
حق

حق الغرما يمنع التصرف في الثلث وفي مسئلتنا بخلافه واذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم
وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه الوصية لهم جميعا وذكر
في بعض اجزائه يوقف حتى يصطلحوا اما ان قوله موالي واضافة تخصيص وكل واحد من
الفريقين يضاف اليه بغير ما يضاف اليه الاخر كان احدهما مولى النعمة والاخر مولاه
الذي انعم عليه والظاهر ان الموصي قصد احدهما لاختلاف الغرض فلم يجز حمل كلامه
عليهم ولا يلزم الاخوة لان الاخ من انتسب الى احد الابوين وهذا معنى يعم جميعهم
وان اختلفوا فان قيل لو حلفوا لا يكلم موالي فلان حملت اليمين على جميعهم كذلك في الوصية
قيل له الفرق بينهما ان اليمين نفي ولفظ النفي والنفي يعم ويتناول المتضاد والمختلف والوصية
اثبات وذلك لا يعم الا ترى انه لو قال ما رايت رجلا حمل على كل ما يتناوله الاسم ولو
قال رايت رجلا اقتضى انه راى واحدا غير معين

باب الفرايض

الانساب التي يتوارث بها ثلثه رحم وولا ونكاح فالرحم هو القرابة
والولا هو الرجل يعتق مملوكا ثم يموت المملوك ويترك مالا فيكون ماله لمن اعتقه اذا لم
يكن له وارث غيره والنكاح هو الزوجة وقد كانوا في الجاهلية يتوارثون بشيئين بنسب
وسبب ولا يورثون من جهة النسب امراة ولا صغيرا وانما كانوا يورثون من يقاتل
ويحوز الغنيمة الى ان نزل قوله تعالى ويستفتونك في النسا الى قوله والمستضعفين
من الولدان ونزل قوله يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين واما
السبب فكانوا يتوارثون بالحلف والمعاقدة وهو ان يقول الرجل للرجل عاقدتك
على ان يكون دمي دمك ترثني وارثك وكانوا يتوارثون بالتبني وكانوا يتوارثون
في صدر الاسلام بالهجرة وقال الحسن كان الاعرابي المومن غير المهاجر لا يرث
من المهاجر وكانوا يتوارثون بالاخوة التي اخا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ثم
نسخ جميع ذلك بايات المواريث وهو قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
في كتاب الله من المومنين والمهاجرين وبقوله تعالى ادعوهم لابايهم هو اقسط عند
الله واهل الميراث على ضربين مجمع على توريثه ومختلف في توريثه والمختلف
فيه على ضربين اختلاف في كونه وارثا واختلاف في قدر منزلته وبيان ذلك
يجي في التفصيل **قال** رحمه الله اجمع على توريثهم من الذكور عشرة الابن وابن

الابن وان سفل والاب والجد اب الاب وان علا والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والزوج
ومولى النعمة ومن الاناث سبع البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة
النعمة ولا خلاف بين الامة في استحقاق هولا الميراث وقد دل عليه ايضا الكتاب والسنة
قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فدل ذلك على استحقاق
الابن والبنت الميراث لان اسم الولد يتناولهم وكذلك ايضا يدل على استحقاق ولد الابن
لتناول الاسم لهم الا ترى الى قوله تعالى يا بني ادم ولا يمتنع احد ان يقول ان النبي صلى الله
عليه وسلم من ولد هاشم ومن ولد عبد المطلب واجمعوا على ان اسم الاولاد يتناول
ولد الصلب حقيقة ويتناول ولد الابن مجازا وان جميعهم مرادون بالاية فان قيل
كيف يحمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز قيل له انما يمتنع ان يحمل عليهما في حالة واحدة
وان يشترك بين ولد الصلب وولد الابن ولسنا نقول ذلك ولكنا نحمل اللفظ على ولد
الصلب وولد الابن عند وجودهم وعلى ولد الابن عند عدم ولد الصلب وهذا
وهذا شايع جايز وقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس يدل على الاستحقاق
الاب والام الميراث واما الجد ابو الاب يتناوله اسم الاب بدليل قوله تعالى
آبائي ابراهيم واسماعيل واذا تناوله الاسم استحق الميراث بظاهر الاية الا انه
لما تناوله الاسم على طريق المجاز لم يشارك الاب وقدم الاب عليه فاذا عدم قام مقامه
بظاهر الاية وقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين يدل
على استحقاق الاخ والاخت للميراث واما استحقاق العم وابن العم فللاجماع
وايضا فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الحقوا الفرايض باهلها
فلما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر وقوله تعالى ولكم نصف ما ترك
ازواجكم وقال ولهن الربع مما تركتم يدل على ميراث الزوج والزوجة
واما ميراث الجدة فقد دل عليه ما روي قبيصة بن ذويب قال جات الجدة الى
ابي بكر تساله ميراثها فقال ما لك في كتاب الله تعالى شي وما علمت لك في سنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم شي فارجعي حتى اسال الناس فسال الناس
فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاها
السدس فقال ابو بكر معك غيرك فقام محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال

المغيرة

المغيرة فانفذها ابو بكر ذلك ثم جات الجدة الاخرى الى عمر تساله ميراثها فقال ما لك
في كتاب الله شي وما القضا الذي قضاه الا لغيرك وما انا بزايد في الفرايض ولكن هو
ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وايكما جات فهو لها واما ثبوت الميراث بالولا فلما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت مولى حمزة النصف واعطى بنت حمزة
النصف **قال** ولا يرث اربعة المملوك والقاتل من المقتول والمرتد واهل
ملتين اما المملوك فانه لا يملك شيا وما يحصل له يكون لمولاه فلو ورثناه حصل
ذلك لمولاه ولا قرابة بين المولى وبين الميت فلم يجز ان يستحق شيا كساير الاجانب واما
القاتل فلقوله صلى الله عليه وسلم ليس للقاتل شي وروي لا ميراث لقاتل وفيه اختلاف
يجي في موضعه واما المرتد فلا يرث كذلك اهل ملتين لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يتوارث اهل ملتين ولا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم **قال** والفروض
المحدودة في كتاب الله تعالى ستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث
والسدس وهذا الذي ذكره قد نص الله تعالى عليه في ثلث ايات من سورة النسا وهو
قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم وقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقوله تعالى
يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة وفي بضعة عشر موضعا منها **قال** والنصف
فرض خمسة البنت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف **قال** وبنت
الابن اذا لم يكن معها بنت صلب وذلك لما بينا ان اسم الولد يتناول ولد الابن وانهم يقومون
مقام ولد الصلب عند عدمهم وقد ثبت ان للبنت من الصلب النصف فاذا عدمت
كان ذلك لبنت الابن **قال** وللاخت من الاب والام وذلك لقوله تعالى يستفتونك
قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرو هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك
قال وللاخت للاب اذا لم تكن اخت لاب وام وذلك لظاهر الاية لان اسم الاخت
يتناول الاخت من الاب الا انهم اجمعوا على ان الاخت من الاب والام مقدمة على
الاخت من الاب فاذا عدمت استحقت الاخت من الاب بظاهر الاية النصف
قال وللزوج اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وذلك لقوله تعالى ولكم نصف
ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا ان اسم الولد يتناول ولد الابن على طريق
المجاز وانهم يقومون مقام الولد عند عدمه **قال** والربع للزوج مع الولد

وولد الابن لقوله تعالى فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن قال وللزوجات الربع
اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان
كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم قال والثمن للزوجات مع الولد وولد الابن
وقد بينا ذلك قال والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف الا الزوج
وهذا الذي ذكره صحيح هو للاثنين فصاعدا لقوله تعالى فان كن نسا فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك وهو لبنات الابن عند عدم بنات الصلب لما بينا ان الاسم يتناولهم
وانهم يقومون مقام ولد الصلب عند عدمهم فاذا كان لبنات الصلب الثلثان
كان لبنات الابن عند عدمهن فاذا كان لبنات الصلب الثلثان كان لبنات
الابن عند عدمهن ذلك وهو للاختين من الاب والام لقوله تعالى فان كانتا اثنتين
فلهما الثلثان مما ترك وهو للاختين من الاب عند عدم الاخوات من الاب والام
بظاهر الاية الا انهم اجمعوا على تقدم ولد الاب والام واما الزوج فلا يتصور
ان يكون اثنان لان المراة لا يجوز ان تتزوج باكثر من زوج واحد قال
والثلث للام اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدا من الاخوة
والاخوات وذلك لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث
فجعل لها الثلث في حال لا يكون فيها وارث غير الابوين ولا خلاف في ذلك قال
ويفرض لها في مسلتين قال وهما زوج وابوان وامراة وابوان ثلث
ما يبقى بعد فرض الزوج والزوجة وهذا الذي ذكره قول عامة الصحابة
والفقها الا ما روي عن ابن عباس انه قال لها ثلث جميع المال وبه قال ابن سيرين
وظاهر القران على خلاف ذلك الا ترى الى قوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث
فجعل المال بينهما اثلاثا كما جعله بين الابن والبنت لقوله للذكر مثل حظ الانثيين
وكما جعله بين الاخ والاخت اثلاثا في قوله وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر
مثل حظ الانثيين ولو حصل مع الابن والبنت او مع الاخ والاخت زوج او زوجة
اقتسما الباقي بعد فرض الزوج والزوجة اثلاثا كذلك الابوان ولان الزوج
يستحق النصف فاذا اجتمع مع الابوين كان الباقي بعد فرض الزوج بينهما اثلاثا
كالابن والبنت وابن عباس يقول لا اجد في كتاب الله تعالى ثلث ما بقي وهذا بلغ مقابلة

الذي

الذي ذكره ان لم يوجد بتصريح النطق فقد بينا ان ظاهر القران يقتضيه والعمل بالظاهر
واجب كالعمل بالنطق به قال وهو لكل اثنين فصاعدا من ولد الام ذكرهم واناثهم
فيه سوا وذلك لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت
فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركا في الثلث قال
والسدس فرض سبعة لكل واحد منهما السدس من الابوين مع الولد وولد الابن لقوله تعالى
ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد وكذلك مع ولد الابن لما بينا
انهم يقومون مقام ولد الصلب عند عدمهم قال وهو للام مع الاخوة لقوله
تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والاخوة والاخوات في ذلك سوا لان معنى
الاخوة موجود في جميعهم ولا خلاف في الامة ان ثلثة اخوة يحجبونها الى السدس
واختلف في الاثنين فقالت عامة الصحابة والفقها يحجبها الاثنان وقال ابن عباس
لا يحجبها الا ثلثة دليلنا قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس واسم الجمع ينطلق
على الاثنين بدليل قوله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وقال تعالى وهل اتاك
نبوا الخصم اذ تسوروا المحراب وقال خصمان بغى بعضنا على بعض وروي عن زيد بن ثابت
انه كان يحجب الام بالاخوين فقيل له يا ابا سعيد ان الله تعالى يقول فان كان له اخوة
وانت تحجبها بالاخوين فقال ان العرب تسمي الاخوين اخوة وروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال الاثنان فما فوقهما جماعة ولان الاثنين الى الثلاثة في حكم الجمع اقرب
منهما الى الواحد لان لفظ الجمع موجود فيهما تقول قاما وقعدا وقاموا وقعدوا وكل
ذلك موجود في الاثنين غير جايز في الواحد وان كان كذلك وجب الحاقهما بالثلاثة
دون الواحد قال وهو للجدات وذلك لما روي في حديث عبد الرحمن بن يزيد قال
اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث جدات السدس ثنتين من قبل الاب
وواحدة من قبل الام وهذا الخبر يدل على بطلان قول مالك ان ام اب الاب لا ترث
وعلى بطلان قول ابن سيرين ان ام ام الام لا يرث لان ثلث جدات لا يكن الا في الدرجة
الاولى وترث ام ام الاب لانها تدلي بجد وارثه واشبهت ام ام الام ولا ترث
ام اب الام خلاف ما قاله نفاة القياس لانها تنتسب لا يرث مع ذي سهم ولا عصبة
فصارت كالاجانب قال وللجد مع الولد لان الله تعالى جعل للاب مع الولد

السدس واسم الاب يتناول الجد فيستحق السدس عند عدمه ولا خلاف في ذلك **قال** ولبنات الابن مع الابن وذلك لما بينا ان فرض بنات الصلب الثلثان وهو فرض بنات الابن عند عدمهن واذا كان فرض البنات لا يزيد على الثلثين وقد استحقت بنت الصلب النصف وبقي السدس من الثلثين لا يستحق له من بنات الصلب فيكون لبنات الابن واحدة كانت او اكثر جملة الثلثين الذي هو فرض البنات في الجملة **قال** وللاخوات من الاب مع الاخت من الاب والام وذلك لما بينا ان فرض الاخوات من الاب والام الثلثان وهو فرض الاخوات من الاب عند عدمهن واذا كان فرض الاخوات لا يزيد في حال من الاحوال على الثلثين وقد استحقت الاخت من الاب والام النصف بقي السدس لا يستحق له من الاخوات للاب والام فيكون للاخوات من الاب تكملة الثلثين واحدة كانت او اكثر تمام فرض الاخوات في الجملة **قال** وللواحد من ولد الام لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس **قال** وتسقط الجدات بالام ولا خلاف في ذلك بين الامة **قال** والجد والاخوة والاخوات بالاب اما الجد فلانه قام مقام الاب فلا يرث مع وجوده كابن الابن مع الابن واما الاخوة والاخوات فلقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فاقتضى ان جميع المال للابوين وان لوجود الاخوة تاثيرا في في الحجب خاصة ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر وروي فلاقرب عصبة ذكر والاب اقرب واولى من ولده **قال** ويسقط ولد الام باربعة الولد وولد الابن والاب والجد وذلك لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركا في الثلث والكلالة ما عدا الولد والوالد على ما نبينه فيما بعد وهذا يدل على عدم استحقاقهم مع الولد وولد الابن يقوم مقام ولد الصلب على ما بيناه وكذلك الجد يقوم مقام الاب وكذلك ايضا في هذا الموضع يقومون مقامهم في منع ميراث ولد الام **قال** واذا استكمل البنات الثلثين سقطت بنات الابن الا ان يكون بازايهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصبهن وذلك لما بينا ان فرض البنات الثلثان لا يزادون على ذلك وان بنات الابن يقمن

مقامهن

مقامهن في ذلك عند عدمهن ولم يبق في مسئلتنا ما يقوم مقام بنات الابن فيه مقام بنات الصلب فيسقطن يبين ذلك ان لهن مع البنت الواحدة السدس وهو ما بقي من فرض البنات ولم يكن له مستحق فقاموا فيه مقامهن ولا خلاف في هذا فان كان مع بنات الابن ابن ابن قسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وعن ابن مسعود انه كان يجعل الباقي لابن الابن ولا يعطي بنات الابن شيا وكذلك كان يفعل في الاخوات من الاب مع الاخوات من الاب والام والباقي للاخ من الاب دون الاخوات قال لان بنات الابن يقمن مقام بنات الصلب فيما ياخذونه وقد استوعب بنات الصلب الثلثين ولم يبق من فرض البنات شي ياخذونه بنات الابن فلو قاسمهن ابن الابن لزاد فرض البنات على الثلثين وهذا لا يجوز قيل له بنات الابن تارة يرثون بالفرض وتارة يرثون بالتعصيب واخوهن يعصبهن كما ياخذ بنات الصلب تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ولو انفرد البنات لم ياخذن اكثر من الثلثين وان كثرت ولو كان معهن اخ لهن وهن عشرة كان لهن خمسة اسداس المال فحصل لهن في حال التعصيب اكثر مما يحصل لهن منفردات كذلك لبنات الابن يجوز ان ياخذن حال التعصيب زيادة على فرض البنات **قال** واذا استكمل الاخوات من الاب والام الثلثين سقط الاخوات من الاب الا ان يكون معهن اخ لهن فيعصبهن وهذا على ما بينا في البنات وبنات الابن سوا **قال** واقرب العصبات البنون ثم بنوهم ثم الاب ثم الجد ثم بنو الاب وهم الاخوة ثم بنو الجد وهم الاعمام ثم بنو ابن الجد وذلك لقوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت الفرايض فلاولى عصبة ذكر وروي فلاقرب عصبة ذكر ولا خلاف في اعتبار القرب على هذا الترتيب الا في الجد على ما نبينه **قال** واذا استوى بنو الاب في الدرجة فاولاهم من كان من اب وام وذلك لان الانتساب الى الابوين يوجب التقديم والدليل عليه الاخوات من الاب والام والاخوات من الاب اذا اجتمعن **قال** والابن وابن الابن والاخوة يعصبون اخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين وذلك لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقد بينا ان اسم الولد يتناول ولد الصلب وولد الابن فتناولت الاية الجميع ولقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين واسم الاخوة يتناول من كان لاب وام ومن كان لاب **قال** ومن عداهم من العصبات ينفرد بالميراث ذكورهم دون اناثهم وذلك لان القران لم يبين حالهم في ذلك وقد

روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما ابقت الفرايض فلاولي عصبة ذكر وقد قالوا
ان الاخوات من الاب والام ومن الاب مع البنات وبنات الابن عصبة وهو قول عمر
وعلي وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم وقال عبد الله بن
عباس لاحظ للاخت من الميراث مع البنت وبه قال ابن الزبير وجه قول الاول حديث
شرحبيل عن عبد الله بن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قضي في بنت وبنت ابن واخت
لاب وام ان للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت واعطاها ما بقي من
المال بعد السهام وجعلها عصبة مع البنات فاما ابن عباس فقد روي انه قيل له ان عليا
وعبد الله وزيدا كانوا يجعلون الاخوات عصبة مع البنات فقال انتم اعلم ام الله قال
الله عز وجل ان امرو هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وانتم تجعلون لها مع
الولد النصف والجواب ان الله تعالى نص على سهمها عند عدم الولد ولم ينف ميراثها مع
وجود الولد بل الامر موقوف على الدليل قال واذا لم تكن عصبة من النسب فالعصبة
للمولى المعتق ثم لاقرب عصبة المولى لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب
والنسب يتعلق به الميراث فالظاهر تعلقه بالولا ولما روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله
عليه وسلم ومعه غلام فقال له صلى الله عليه وسلم ما هذا فقال عبدي رايته في السوق
فاشتريته واعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا فانت عصبته ولا خلاف
بين الامة في ذلك وان لم يكن المولى فلاقرب عصبته لان الميراث ينتقل الى العصبة الاقرب
فالاقرب كعصبات النسب ولا يرث المراة بالولا الا ما اعتقت لان النبي صلى الله عليه
وسلم اعطى بنت معتق حمزة النصف وجعل النصف لبنت حمزة وقال صلى الله عليه وسلم
المراة تحوز ثلثة مواريث عتيقها ولقيطها والولد الذي لاعنت به قال وتحجب
الام من الثلث الى السدس باخوين وقد بينا ذلك والاخوة والاخوات من الاب
يسقطون بالاخ من الاب والام وذلك لان ولد الاب يقومون مقام ولد الاب
والام كما يقوم ولد الابن مقام ولد الصلب ومعلوم ان ولد الابن يسقطون مع
الابن كذلك ولد الاب يسقطون مع الاخ من الاب والام قال والفاضل عن
فرض البنات لبني الابن واخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين والفاضل عن فرض الاخوات

للاب والام للاخوة والاخوات من الاب للذكر مثل حظ الانثيين وقد بينا ذلك جميعه
واذا ترك بنتا وبنات ابن وابن ابن فللبنت النصف والباقي لبني الابن واخواتهم للذكر مثل
حظ الانثيين وكان ابن مسعود يجعل لبنات الابن والاخوات من الاب الاضر بهن من المقاسمة
او السدس دليلنا ان ولد الابن لو انفردوا واقتسموا المال للذكر مثل حظ الانثيين كذلك
اذا كان معهم غير الابن وكذلك ولد الاب يقتسمون اذا انفردوا كذلك مع ذي سهم وجه
ما قاله ابن مسعود انه قد ثبت ان بنات الابن لو انفردن مع البنت لم يكن لهن اكثر من السدس
كذلك اذا كان معهن ابن عم وكذلك الاخوات من الاب لو انفردن مع الاخت من الاب
والام لم يكن لهن غير السدس ان بنات الابن والاخوات من الاب تارة يرثن بالفرض وتارة
بالتعصيب فاذا ورثوا بالفرض لم يجز ان يزاد واعلى فرض البنات وعلى فرض الاخوات
واذا ورثوا بالتعصيب قاسموا اخواتهم على كل حال كما لو انفردن او كان معهن ذو سهم
اخر فاما اذا كان معهن ابن عم او اخ من اب فانهن لا يرثن بالتعصيب فافترقا لهذا
المعنى قال ومن ترك ابني عم احدهما اخ لام فللاخ من الام السدس والباقي بينهما
وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما وقال ابن مسعود المال كله للاخ من الام وجه
القول الاول ان الاخ من الام له فرض بكونه اخا وقد شارك ابن العم في كونه ابن عم
فوجب ان ينفرد بالفرض ويشاركه في التعصيب اصله بني العم اذا كان احدهما زوجا
وعليه الفتوي وجه قول ابن مسعود انهما قد اشتركا في كونهما ابني عم وانفرد
احدهما بقرابة الام فصار كابني عم احدهما لاب وام والاخر لاب قال
والمشركة ان يترك المراة زوجا واما او جدة واخوة من ام واخا من اب وام فللزوج
النصف وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شي للاخ من الاب والام وهذا الذي
ذكره قول علي وعبد الله بن عباس وابي بن كعب وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم
وقال عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم للزوج النصف
وللام السدس والثلث لولد الام يشركهم فيه ولد الاب والام فيكون بينهم بالسوية
وبه قال الشافعي لنا قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او
اخت فلكل واحد منهما السدس وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركا في الثلث فجعل تعالى
جميع الثلث للاخوة للام فلم يجز ان ينقصوا منه وقال صلى الله عليه وسلم ما ابقت

الفرايض فلاولي عصبة ذكر ولم يبق شي ولانه ينسب الي الابوين فلا يشاركه من ينسب
الي احدهما كالاخ من الاب والام والاخت من الاب لانهما من جهة واحدة في القرابة
فلا يتبعض حتي يرث ببعضها كالانفراد يبين ذلك ان الاخ من الاب والام لو كان معه
اخوة لام لم يشاركهم في الثلث ويأخذ الباقي بالتعصب كذلك في مسئلتنا فلا يلزم ابن العم اذا
كان اخا لام لانهما جهتان مختلفان فان قيل تساويا في الانتساب الي الام وانفرد احدهما
بمزية وهو انتسابه الي الاب وكل شخص ساوي غيره في القرابة وانفرد بفضل مزية
فاما ان يسقط كالاخ من الاب والام والاخ من الاب واما ان ياخذ به زيادة كالاب
الذي يساوي الام في الولادة وينفرد بالتعصب قيل له ليس يمتنع ان يتساويا في
الانتساب الي الام ويسقط ولد الاب والام كما يستحق ولد الام قدرا ولا يساويهم
في استحقاقهم ولد الاب والابن بيان ذلك اذا كان في الفريضة زوج وام واخ
لام وعشرة اخوة لاب وام **قال** والفاضل عن فرض ذوي السهام اذا لم
يكن عصبة مردود عليهم بقدر سهامهم الا علي الزوجين وقال الشافعي الفاضل
عن السهام لبيت المال دليلنا ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال تحوز
المراة ثلثة مواريث عتيقها ولقيطها والولد الذي لاعنت به ولا يستحق جميع ميراث
ولد الملاعنة الا بالرد ولان البنت تنتسب الي الميت بالولادة فجاز ان يستحق جميع
الميراث بالقرابة كالابن ولان الاخت والبنت تارة تكون عصبة وتارة ذات
سهم فجاز ان يستحق بقرابتها جميع المال كالاب فان قيل قال الله تعالي وله اخت
فلها نصف ما ترك فبين حقها ثم قال انها تستحق الجميع فقد زاد في الحكم قيل له
انما بين ما يستحقه بكونها اختا وهي لا يستحق بالاخوة اكثر من النصف وانما يستحق
الزيادة بالقرابة وذلك معني غير الاخوة الا تري ان القرابة يتنوع فتارة يكون بنوة
وتارة يكون ابوة وتارة يكون اخوة والقرابة في الكل معني واحد فان قيل ينتسب الي
الميت بسبب واحد فلا يرث من جهتين كالعصبات قيل له يبطل بالاب مع البنت
فان قالوا للاب رحم وتعصيب قلنا للبنت رحم وولاد فاما الزوج والزوجة فلا يرد
عليهما لان الرد انما يكون بالرحم ولا قرابة لهما فلم يوجد فيهما سبب الاستحقاق
قال ولا يرث القاتل من المقتول وقد دللنا فيما تقدم علي ان القتل يمنع من الميراث

في

في الجملة ونحن الان نبين ذلك علي التفصيل اما قتل العمد فيحرم الميراث بالاجماع وروي
ذلك عن علي وعمر وابن عباس رضي الله عنهم ولما روي قتادة ان عمر فجة حذف ابيه بالسيف
فاصاب رجله فقتله فغرمه عمر رضي الله عنه الدية مغلظة واخرجه من الميراث وكان ذلك
بحضرة الصحابة من غير خلاف ولان حرمان الارث وضع للزجر كما وجب القصاص
وجب اعتبار ما يوثر في الزجر وهو المنع من الميراث وقتل الخطا ايضا يحرم الميراث
كذلك روي عن ابن عباس وقال النبي صلي الله عليه وسلم ليس لقاتل شي ولانه متهم
لانه يجوز ان يظهر الخطا وهو متعمد في الباطن فمنع جميع الميراث والحكم قد تعلق بغلبة
الظن وقد قال مالك انه لا يرث من الدية ويرث من غيرها وهذا لا يصح لقوله صلي الله
عليه وسلم ليس لقاتل شي ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد وجه
قول مالك ان تحريم الميراث علي وجه العقوبة والخاطي لا يعاقب علي خطايه وانما لا
يرث من الدية لانها ماخوذة منه علي وجه الكف عنه فلا يرث منها واما الصبي والمجنون
فلا يحرمان الميراث لانه يثبت علي وجه العقوبة وليسا من اهل العقوبة وقال
الشافعي قتل الصبي والمجنون يحرم الميراث وهذا لا يصح لانه حكم يتعلق بقتل العمد
فلا يتعلق بقتل الصبي والمجنون كالقود والماثم فان قيل قال النبي صلي الله عليه
وسلم لا ميراث لقاتل قيل له هذا زجر عن القتل والصبي والمجنون لا يتناولهما الزجر
فان قيل قتل مضمون فتعلق به حرمان الميراث كقتل البالغ العاقل قيل له هذا لا يصح
لان افعال الصبي يجوز ان يوجب عليه الضمان ولا يجوز ان يسقط حقوقه بفعله
كما لو اعتق او ابرا واما القتل بحق فانه لا يحرم الميراث وقال بعض اصحاب الشافعي
حرمان الميراث يتعلق بكل قتل في جميع الاحوال فاذا قتله قصاصا او علي وجه
الدفع عن نفسه او قتل الامام مورثه لانه اقر عنده بقصاص او قتله في قطع الطريق
لم يرثه ومنهم من قال كل قتل فيه تهمة لاستعجال الميراث يحرم وذلك مثل قتل
الحاكم اذا قتل بالردة او بالزنا لنا انه قتل لا يتعلق به حكم من احكام القتل
من القصاص والكفارة والماثم فلا يتعلق به حرمان الميراث وايضا فلان حرمان
الميراث ثبت علي وجه الزجر وهذا القتل لا يزجر عنه فان قيل قال النبي صلي الله
عليه وسلم لا شي لقاتل قيل له هذا زجر عن القتل فيختص بالقتل الممنوع عنه فاما

القتل الواجب فلا يسقط حق القاتل واما كافر البير ووضع الحجر فانه لا يحرم الميراث
وقال الشافعي يحرم لنا انه لم يوقع فعلاً في المقتول ولا فيما اتصل به فصار كالامر فان
قيل فعل يتعلق به ضمان النفس فوجب ان يتعلق به حرمان الميراث اصله المباشرة قيل
له ضمان النفس يتعلق بما لا يتعلق به حرمان الميراث كالنصرة واما العادل اذا قتل الباغي
فانه لا يحرم الميراث في قولهم لانه قتل بحق فصار كالقتل بالقصاص واما الباغي اذا قتل
العادل وقال كنت على حق في دار الحرب حين قتله وانا الان على حق في احد ميراثه
ورث وان قال قتله وانا على باطل لم يرث وقال ابو يوسف انه لا يرث في الوجهين
وجه قولهما ان القياس ان يرث الباغي في جميع الاحوال لان حرمة هذا القتل قد
سقط لاختلاف حكم الدار وصار في حكم ما ليس بقتل الا ترى انه لا يتعلق به قود ولا كفارة
واذا خرج الفعل من ان يكون في حكم القتل لم يتعلق به احكام والاستحسان انه اذا اقر
انه على باطل لا يرث لان اقراره بقتل هو معصية وذلك يتعلق به حرمان الميراث
واقرار الانسان يقبل على نفسه وان لم يقبل على غيره وجه قول ابي يوسف انه قتل
وقع من باغ فاوجب حرمان الميراث كما لو اعترف انه قتله بغير حق قال والكفر كله
ملة واحدة يتوارث به اهله وهذا قول اصحابنا وقول الثوري والشافعي والدليل
على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم فجعل الكفر كله ملة واحدة وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال نحن حيز
وباقي الناس حيز ولان اهل الكفر قد اجتمعوا على باطل وهو تكذيبهم للنبي صلى الله عليه
وسلم فكان ذلك جامعا لهم وان اختلفت اعتقاداتهم كما ان المسلمين لما اجتمعوا على
تصديق النبي صلى الله عليه وسلم كانوا اهل ملة واحدة وان اختلفت اعتقاداتهم
ولان اختلاف الاعتقاد موجود في كل صنف من الكفار ولا يوجب كونهم اهل ملك
كالعقوبة والملكية والنسطورية من النصارى واذا ثبت ان الكفر كله ملة واحدة
توارثوا كالمسلمين واختلفوا فيمن لا يرث من الكفار والعبيد والقاتلين هل يحجبون ام لا
فقال علي وزيد لا يحجبون وبه قال ابو حنيفة واصحابه واكثر الفقهاء وقال
عبد الله بن مسعود يحجبون ولا يسقطون والوجه للقول الاول انهم ليسوا من اهل
الميراث على ما دللنا عليه ومن ليس من اهل الميراث لا يحجب اصله الاجانب ولان

من لا يوثر

يوثر في اسقاط لا يوثر في الحجب عن بعض الفرض كالاجنبي فان قيل الاخوة مع الابوين لا يوثرون
ويحجبون وكذلك هو لا يحجبون ولا يرثون قيل له الاخوة مع الام من اهل الميراث وانما
ليسقطهم الاب فقوة الاب يوثر في اسقاطهم ويبقى حالهم مع الام كحال عدم الاب
وليس كذلك حال العبد والكافر فانه ليس من اهل الميراث بحال فهو كالاجنبي قال
ولا يرث المسلم الكافر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر وقال عليه السلام لا يتوارث
اهل ملتين وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وقال معاوية يرث المسلم من اليهودي والامر
على خلاف ذلك قال وما ل المرتد لورثته من المسلمين وما اكتسبه في حال ردته في
وقد بينا ذلك في السير قال واذا غرق جماعة او سقط عليهم حايط فلم يعلم من
مات منهم اولا فمال كل واحد منهم للاحياء من ورثته وهو قول ابي بكر وزيد بن ثابت
واكثر الفقهاء وعن علي رضوان الله عليه وعمر وعبد الله رضوان الله عليهم اجمعين انهم
ورثوا بعضهم من بعض مما ورثه من صاحبه ووجه القول الاول ان كل امرين حادثين لا يعلم
تاريخ ما بينهما يجعل كانهما وقعا معا والذي يدل على هذا الاصل ان الصحابة رضي الله عنهم لم
يفرقوا بين اهل الردة وبين نسائهم لما لم يعلموا تاريخ ما بين ردتهم وحكموا بوقوع ذلك منهم
معا واذا ثبت هذا قلنا لو ماتوا معا لم يرث احدهما من الاخر كذلك ما اجري مجراه ولان
الميراث لا يثبت بالشك والدليل عليه المسقط انه لا يورث لما لم يعلم حياته وجه القول
الثاني ان الاحوال معتبرة في اصول الدين والشريعة كحال الاشتباه بالاتفاق فاذا احتمل
ان موت كل واحد منهما قبل صاحبه وجب اعتبار الاحوال ولانه يتعذر ان يكون موتهم
في حالة واحدة فكان الاولى اعتبار الاحوال الجواب ان الاحوال لا يجوز اعتبارها مع
وجود ما ينافيها وقد وجد الموت المنافي لاستحقاق الميراث فلم يصح اعتبارها وجه قول
من ورثه من تلاد ماله خاصة ان ما ورثه عن صاحبه انما انتقل اليه على اعتبار الاحوال
مع جواز كونه ميتا وهذا المعنى ينفي نقله الى غيره قال واذا اجتمع في المجوسي
قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورث احدهما مع الاخر ورث بهما وهو قول علي
وعمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وبه قال النخعي وابن ابي ليلى وغيرهم
وعن زيد انه ورثهم باكد قراباتهم وبه قال مالك والشافعي لنا قوله تعالى ان امرؤ
هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك ولم يفصل بين اخت هي ام او اخت

هي جدة ولانه اجتمع فيه سببان لو تفرقا في شخصين ورث كل واحد منهما مع الاخر ورث بهما كابن عم
هو اخ لام وابن عم هو زوج ولان الاخت ترث النصف اذا لم تكن اما ولا جدة فاذا ازدادت
قربا في جهة الام اولى ان لا ينقص من حقها فان قيل سببان يورث بكل واحد منهما من جنس ما يورث
به الاخر فوجب ان لا يورث الا باحدهما اصله ابن العم اذا كان مولى قيل له لا يتصور ان يجتمع
لشخص واحد تعصيبان مختلفان وان دائما تجتمع له وجهين احدهما يقدم على الاخر فلذلك
لم يورث بهما يبين ذلك انهما لو كانا في شخصين ورث ابن العم دون المولى كذلك اذا اجتمعا في
شخص واحد دون ذلك في مسلتنا ان من ترك بنتا هي اخت لام لما لم ترث الاخت من الام مع البنت
لم ترث بالسببين اذا اجتمعا وفي مسلتنا لو تفرقت القرابتان في شخصين ورثا معا كذلك اذا اجتمعا
في شخص واحد **قال** ولا يرث المجوس بالانكحة الفاسدة التي يستحلونها في دينهم وكذلك
لانه عقد فاسد بدليل انه لو ترافعوا الينا لم نقرهم عليه والنكاح الفاسد لا يثبت به التوارث
فان قيل تركك اعتراضنا عليه والنكاح الفاسد لا يثبت به التوارث قيل له هذا لا يصح
لانه لو كان صحيحا لما جاز لنا فسخه اذا ترافعوا الينا كسائر العقود الصحيحة **قال** وعصبة
ولد الزنا وولد الملاعنة موالي امهما وقد روي ذلك عن علي عليه السلام وعن زيد بن ثابت
وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انهما جعلا امه عصبة وروي انهما جعلا عصبته عصبة
امه وجه القول الاول ان الام ليست بعصبة في حق غير الملاعنة فكذلك في حقه كسائر ذوي
الارحام فان قيل نسب ابن الملاعنة قد انقطع عن ابيه وانتقل الى امه فصارت كالقبيلة له
الا ترى انه يعقل عنه قبيلتها فاذا كان عصبة في نفسه فكذلك الام لما قامت مقامه في سائر
الاحكام واما من قال عصبته عصبة امه فلا يصح لان الام اذا لم يكن عصبة مع قربها
فمن تنسب اليه الام اولى ولانهم يدلون اليه بذي سهم فلا يكون لهم تعصيب كالجدات
وجه قولهم ان انتساب ولد الملاعنة الى امه كانتساب غيره الى ابيه فاذا كانت عصبة الاب
عصبة كذلك عصبة الام **قال** ومن مات وترك حملا وقف ما له حتى تضع امراته في قول
ابي حنيفة فان طلب الورثة حقوقهم دفع الى كل واحد منهم المتيقن عند ابي حنيفة وروى ابن
المبارك عنه انه يوقف نصيب اربعة وقال ابو يوسف يوقف نصيب غلام وقال
محمد نصيب اثنين وقال الشافعي من كان عصبة لا يدفع اليه شي وجه قول ابي حنيفة
ان ما زاد على اربعة غير معتاد فصار كالمستحيل فسقط حكمه والاربعة غاية ما تلد المراة فوقف

نصيبهم

نصيبهم احتياطا ولان الميراث يستحق بسهم وتعصيب فاذا لم يمنع الحمل دفع ما يستحقه ذو السهم
كذلك ما يستحقه العصبة وجه قول ابي يوسف ان العادة في الولادة واحد فوجب اعتبار ذلك
وترك ما سواه وجه قول محمد وهو رواية عن ابي يوسف ان المراة في العادة تلد اثنين وما
زاد على ذلك فهو نادر فوجب ان يوقف نصيب المعتاد ويكون اعتبارا للاحتياط اولى والشافعي
مر على اصله لجواز ان تلد المراة اكثر من اربعة اذا لم يعلم ذلك لم يتيقن ما يستحقه الابن الموجود
قال والجد اولى بالميراث من الاخوة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقاسمهم
الا ان تنقصه المقاسمة من الثلث وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم
الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت الفرائض فلاولى عصبة ذكر وقد اجمعوا ان الاخ ليس باولى
من الجد فاما ان ليسا وبه ان يكون الجد اولى ولا يجوز ان ليسا وبه لانه ينفرد بنصيب اذا كثر
الاخوة وهو اوفر من نصيب احدهم ويرث مع الاولاد دونهم ويسقط ولد الام واذا ثبت
انه اولى كان الفاضل له ولان تعصيب الجد مستفاد بولاد فلا يرث معه الاخ كالاب ولانه
ذكر تقدم الجد على ابيه فوجب ان يتقدم عليه اصله ابن العم فان قيل كل من عصب اخته
فلا يسقطه الجد كالابن وعليه العم قيل له تعصيب ابن الابن لاخته لقوتها لا لقوته لانها ورثت
معنى لا يرث به وهو الفرض وشاركته في الرتبة فلحقت به والكلام في قوته نفسه ولان
الجد لما لم يسقط الابن لم يسقط ولده ولما اسقط ولد الاخ دل على انه يسقطه كما قلنا في العم
قال واذا اجتمع الجدتان فالسدس لاقربهن وهو قول علي عليه السلام وقال الشافعي
ان كانت القربى من قبل الام فهي اولى وان كانت من جهة الام شاركها البعدى من جهة
الاب لنا انهما اشتركا في سهم واحد فالقربى اولى من البعدى كما لو كانت القربى من جهة
الام ولان ام الاب اقوى من ام الام لانها تدلي بعصبة وترث الميت ويرث منها فاذا
حجبت ام الام ام الاب اذا بعدت فلان تحجب ام الاب ام الام اذا بعدت اولى فان قيل
كل شخص لا يحجب شخصه حجب اسقاط فمن يدلي به لا يحجبه حجب اسقاط اصله الاب
لما لم يحجب الام لم يحجبها الجد الذي يدلي به قيل له مثل هذا لا يمتنع كما ان الاب لا يسقط بعض
فرض عليه الجدة وامه تزاحمها فيسقط حقها عن بعض الفرض والاخوة يحجبون الام وابوهم
لا يحجبها فان قيل نحن قلنا حجب اسقاط وهذا حجب عن بعض الفرض قيل له من حجب عن بعض
الفرض وقد ثبت له ما لم يثبت لمن يدلي به في المزاحمة فلذلك من حجب عن جميعه جوز ان يثبت

له ما لم يثبت لمن يدلي به قال ويحجب الجد امه وهو قول علي وزيد وعثمان رضي
الله عنهم وعن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يحجبها وجه القول الاول انها يدلي
بالاب ومن ادلي بعصبته لا يرث مع وجوده كابن الابن وجه القول الاخر ان الجد عصبة
والجدة ذات سهم والعصبة لا يسقط ذات سهم ولا تصير عصبة بحال قال ولا يرث
ام اب الام لانها تدلي باب الام وهو من ذوي الارحام فضعفت كالها ولم ترث بالسهم
كسائر من يدلي بذوي الارحام قال وكل جدة يحجب امها لانها تدلي بها فلا ترث معها
ابنتها اصله ام الام مع الام قال واذا لم يكن للميت عصبة ولا ذو سهم ورثه ذووا الارحام
وهم عشرة ولد البنت وولد الاخت وبنت الاخ وبنت العم والخال والخالة وابن الام والعم
من الام والعمة وولد الاخ من الام ومن ادلي بهم وهو قول عامة الصحابة والفقها
وقال زيد بن ثابت هو لبيت المال وبه قال الشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض في كتاب الله والمراد به اولي في الميراث بدليل ان هذه الاية نزلت
في المواريث ونسخ بها التوارث بالولا والهجرة فصار كانه تعالى قال واولوا الارحام
بعضهم اولي ببعض ميراثا وقال الا ان تفعلوا الي اوليائكم معروفا اي توصوا لهم بوصية
وهذا يدل علي انهم اولي بالميراث بدليل ان هذه الاية نزلت في المواريث ونسخ بها التوار
بالولا والهجرة فصار كانه تعالى قال واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض ميراثا وقال
الا ان تفعلوا الي اوليائكم معروفا اي توصوا لهم بوصية وهذا يدل علي انهم اولي بالميراث
وذكر الدارقطني حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخال وارث
ولان ولد البنت وابوا الام ينتسبون الي الميت بالولاد فورثوا كولد الابن واب الاب
ولانهم يعتقون عليه بالقرابة فجاز ان يستحقوا الميراث كولد الابن لانها قرابة يتعلق بها
تحريم المناكحة فيتعلق بها الارث كبنات الابن فان قيل روي ابو هريرة ان النبي صلى الله
عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة فقال لا ادري حتى ياتيني جبريل ثم قال
اين السائل فاتي الرجل فقال صلى الله عليه وسلم سارني جبريل ان لا شي لهما قالوا
وروي الشافعي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج الي قبا على حمار يستخير
الله تعالى في العمة والخالة فانزل الله تعالى ان لا ميراث لهما قيل له هذه اخبار لا اصل لها
ولا تعرف في كتاب ومع ذلك فهي مرسلة ومطعون في رواتها والحجة لا يقوم بمثلها ويحتمل

اذا

ان لا شي لهما مقدرا ولا شي لهما مع ذي سهم او عصبة فان قيل كل انثى ساوت اخاها في القرابة
فانها اذا لم تشاركه في الميراث لم تكن وارثة اصله بنت المولى وعكسه البنت والاخت قيل له الفرق
بينهما ان ولد المعتق يرث بتعصيب المعتق لا بقرابته وبنت المعتق لا تعصيب لها فلم يشارك
اخاها ولا استحقت بانفرادها وليس كذلك قرابات الميت لانهم يرثون بالرحم فاذا اجتمع
الذكر والانثى تساويا في القوة فتشاركا كالبنت والابن يبين ذلك ان الابن عصبة والبنت
ذات سهم ولكل واحد منهما ضرب من القوة ليس للاخر لان السهام اذا استغرقت الفريضة
سقطت العصبة واذا انفرد العصبة اخذ جميع المال فاذا تساويا تشاركا وليس كذلك
العم والعمة لانهما قد تساويا في الدرجة والقرابة وانفرد العم بمنزلة التعصيب فلم تساوه
العمة فلذلك لم يشاركه فاذا انفردت لم يوجد من يتقدم عليها فورثت وصار ذلك بمنزلة الاخت
من الاب مع الاخ من الاب والام فانها لا ترث معه لما لم تساوه فاذا انفردت ورثت
قال واولادهم من كان من ولد الميت ثم ولد الابوين او احدهما وهم بنات الاخوة
وولد الاخوات ثم ولد ابوي ابويه او احدهما وهم الاخوال والخالات والعمات والعم
من الام وهذا الذي ذكره هو مذهب اصحابنا خاصة فيورثونهم الاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات وقال اكثر من ورث ذوي الارحام انهم يرثون بالتنزيل فينزل كل واحد من
ذوي الارحام انهم يرثون بالتنزيل فينزل من يدلي به ثم يجعلون لكل واحد منهم نصيب من يدلي
به ومثال ذلك بنت بنت وبنت اخت على قول اصحابنا المال كله لبنت البنت لانها من ولد
الميت وعلى قول المنزلين لبنت البنت النصف والباقي لبنت الاخت فكانه ترك بنتا واختا
ومثال اخر بنت اخت وخال على قولنا المال كله لبنت الاخت لانها من ولد الاب الابعد وعلى
قول المنزلين المال بينهم على خمسة لبنت الاخت ثلثة اسهم وللخال سهمان فكانه خلف
اختا واما والدليل على ما قلناه ان ذوي الارحام يرثون بجهة واحدة وهي الرحم وليس لهم
سهم مقدر فوجب ان يعتبر الاقرب فالاقرب اصله العصبات فان قيل ذوو الارحام
يرثون بادلايهم بالغير الي الميت فوجب اعتبار من يدلون به لو كان حيا فيقوم كل واحد
منهم مقام من يدلي به قيل له هذا اعتبار فاسد لانه يقتضي توريث ميت ثم توريث
الحي منه وهذا معنى لم يدل عليه دليل ولا قال به احد قال واذا استوى ولدان
في درجة فلاهم من ادلى بوارث واقربهم اولى من ابعدهم والاصل في ذلك عند

اصحابنا انه لا يرث بنو اب وهناك بنو اب اقرب منهم فان كانوا ولد اب واحد فاقربهم اولى
بالميراث من ابعدهم كما نقول في العصبات وذلك مثل بنت وبنت بنت ابن المال لبنت
البنت فان تساويا في القرب فالمال بينهما فان كانت احدهما اسبق الى الوارث فهي اولى
لما بينا وذلك مثل بنت بنت وبنت بنت ابن المال لبنت بنت الابن لانها اسبق الى
الوارث وانما كان كذلك لانهم تساووا في القرب ومع احدهن مزية وهي الادلا بالوارث
فاوجب ذلك تقديمه كما نقول في اخ من اب واخ من اب وام ان الاخ من الاب والام
اولى لانهما قد تساويا في القرب ومع احدهما مزية وهي الادلا بالام كذلك هذا **قال**
واب الام اولى من ولد الاخ والاخت وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ولد الاخ والاخت اولى وجه قول ابي حنيفة ان اب الام يدلي باحد الابوين
فكان اولى من اولاد الاخ اصله الجدات للاب وجه قولهما ان اولاد الاخوة من ولد الصلب
والجد من قبل الام خارج عن الصلب فكان ولد الاخوة اولى والاصل الذي يعتبره ابو حنيفة
في هذا هو ان الاجداد والجدات من ذوي الارحام يتقدمون على سائر ذوي الارحام
واختلف الرواة عنه في اب ام وبنت بنت فروى ابو سليمن عن محمد عنه ان اب الام
اولى وروى ابو يوسف والحسن عنه ان ولد البنت اولى وهو المشهور وجه الرواية
الاولى ان اب الام يدلي باحد الابوين فصار كاب الاب وجه الرواية الاخرى ان البنت
لها فرض وتعصيب والام لها فرض من غير تعصيب فكان من يدلي بالبنت اولى واقوى
ولان الجد الذي هو عصبة لا يسقط ولد الولد اذا كان عصبة كذلك الجد الذي لا تعصيب
له لا يسقط اولاد الاولاد الذين لا تعصيب لهم والاصل الذي يعتبره ابو يوسف
ومحمد في هذا ان كل جد او جدة من ذوي الارحام اولى من ولده وممن هو في درجة ولده
مثل اب الام وخاله وعمه فابو الام اولى لان الخال من ولده والعمة في درجة ولده فاما
ولد الجد او الجدة للاب فهو اولى من الجد والجدة الابعد كاب الام وولد الاخت فولد الاخت
عندهما اولى من الجد لانهم من ولد الاب الابعد مثل خال واب اب ام الخال اولى
لانه من ولد الاب الابعد **فصل** روى محمد عن ابي حنيفة في ثلاث بنات
اخوات متفرقات ان المال بينهم على خمسة وهو قول محمد وابو يوسف الاول
ثم رجع ابو يوسف فقال المال لبنت الاخت من الاب والام وهو رواية بشر عن ابي حنيفة

وجه الرواية الاولى ان ولد الاخوات ليست لهم حال في انفسهم بدليل انه لا سهم لهن ولا
تعصيب وانما يعتبر حالهم بغيرهم وقد كان المال بين الامهات على خمس فكذلك هو بين
الاولاد وجه الرواية الاخرى انهم قد تساووا في القرب وكان من يدلي بجهتين اولى وعلى
هذا قال ابو يوسف في ست بني اخوات متفرقات المال لبني الاخت من الاب والام
على اصله في اعتبار قوة الادلا بانفسهم دون حقوق الامهات وقال محمد لبني الاخت
من الام الثلث ولبني الاخت من الاب والام الثلثان على اصله الا ان له اصلا اخر وهو انه
يجعل من يدلي باخت اخوات ومن يدلي باخ اخوة فصار كانه خلف في هذه المسئلة ست
اخوات متفرقات واما من ترك ثلاث عمات متفرقات فالمال للعمة من الاب والام لا خلاف
بينهم في ذلك وكذلك الاخوال والخالات المتفرقات مقدم من كان لاب وام ثم من كان لاب
ثم من كان لام على ما قاله ابو يوسف في ولد الاخوة والاخوات وقال ابو يوسف لو ترك
ثلاث بنات اخوة متفرقين كان المال لبنت الاخ من الاب والام على اصله في قوة القرابة
وعند محمد لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب والام على اصله
ان قوة الانساب يعتبر لمن يدلي به ولو كانوا اخوة موجودات كان للاخ من الام السدس
والباقي للاخ من الاب والام كذلك ولدهم وكذلك اذا ترك عمة لاب وام وخالة لاب
او لام فروى ابو سليمان عن محمد ان المال بينهما على ثلاثة اسهم للعمة سهمان وللخالة سهم
وهو الصحيح عن ابي يوسف وروى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا كان احداهما من اب
وام فهي اولى وجه قول محمد ان الخالة تدلي بالام والعمة تدلي بالاب واذا كان كل
واحد منهما يدلي باحد الابوين من غير اشتراك وكل واحد منهما يجمع على توريثه ورث
كل واحد منهما مع الاخر كالام والاب وجه قول ابي يوسف ان العمات اذا اجتمعن
اعتبر الاقوى فالاقوى منهن وكذلك الخالات اذا اجتمعن فاذا اجتمع الخالات والعمات
وجب ان يعتبر الاقوى فالاقوى وقد قال ابو يوسف اذا ترك ابنت اخ لاب وام وابن
اخت لاب وام فالمال بينهما على ثلاثة ولا اعتبار باباهم واما الاعتبار عنده بهم في انفسهم
وقال محمد الاعتبار باصولهم فيكون لابنة الاخ الثلثان ولابن الاخت الثلث وجه
قول ابي يوسف ان ما كان يستحقه اصولهم كان متعلقا بسبب لا يوجد في هؤلاء الولد
وهو التعصيب فسقط اعتبار ذلك ووجب اعتبارهم في انفسهم فيفضل الذكر على الانثى

ولانهم اتفقوا على اعتبار التفضيل واختلفوا في المعنى الذي يتعلق به التفضيل فكان اعتبار
صفة المستحقين اولى من اعتبار صفات من لا حق له في الاستحقاق وجه قول محمد
ان حكم ذوي الارحام معتبر بالاصول ولهذا يقدم ولد الصلب واذا كان كذلك وجب
تقديرما كان يستحقه الاصل وعلى هذا اذا ترك ابن ابن خالة وابن بنت خالة فالمال
بينهما نصفان على قول ابي يوسف لانه لا يعتبر اصلهما وانما اعتبر حالهما بانفسهما
وقد تساويا في الصفة فتساويا في الاستحقاق وعند محمد لابن ابن الخالة الثلثان
ولابن بنت الخالة الثلث على اصله انه يعتبر من يدلي به كل واحد منهما واحدهما يدلي بذكر
والاخر بانثى فتفاضلا على ذلك وعلى هذا الاصل ايضا اذا ترك بنت ابن خال وابن
بنت خالة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وعلى اصل ابي يوسف ان المعتبر بهم في انفسهم
دون من يدلون به وعلى قول محمد لبنت ابن الخال الثلثان ولابن بنت الخالة الثلث
لان المعتبر عنده باصولهما بالخال والخالة المال في الاصل بينهما اثلاثا للخال
الثلثان وللخالة الثلث كذلك يكون بين من ادلى بهما وعلى هذا ايضا اذا ترك ابن خال
من ام مع اخته وخمس بنات خالة من ام وبنت عم من ام واولاد عمه من ام قال ابو يوسف
ثلث المال بين ولد الخال والخالة من الام للذكر مثل حظ الانثيين والثلثان بين ولد العم
والعمة للذكر مثل حظ الانثيين وقال محمد تقسم الثلث بين ولد الخال والخالة على
تسعة اسهم فيجعل لولد الخال اربعة اتساعه بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ويجعل
الثلثين بين بنت العم وابني العمة على اربعة اسهم لابنة العم سهمان ولابني العمة سهمان
اما ابو يوسف فجعل من يدلي بالخال والخالة كالام ومن يدلي بالعم والعمة كالاب
وقسم المال بينهما اثلاثا ثم خصه الامر بين من يدلي بالخالة والخال على رؤوسهم على اصله
واما محمد فاصله ان يعتبر الاولاد بالاصول فيقول الثلث بين ولد الخال والخالة
كالخالات على تسعة فيجعل ابني الخال كالخالين واولاد الخالة كالخالات واما نصيب اولاد
العم والعمة فيكون بينهم على اربعة لابنة العم سهمان لانها تدلي بالذكر ولابني العمة سهمان
لانهما يدليان بانثى والاصل الذي يعتبره محمد انه يجعل من يدلي بذكر ذكرا وان كانت
نفسه انثى ويجعل من يدلي بانثى انثى وان كان في نفسه ذكرا وان كانوا اولادا اولاد قسم
المال على البطن الاول وجعل من يدلي بذكر منه ذكرا ومن يدلي بانثى انثى من البطن الاعلى

ثم يعتبر

ثم يعتبر البطن الثاني فيجعل من يدلي منه بذكر ذكرا ومن يدلي بانثى انثى فان اتفقوا فيمن يدلون به
واختلفوا في انفسهم قسم المال بينهم على انفسهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا هو اشهر
الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول ثم قال بعد ذلك يقسم المال بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين اختلفوا فيمن يدلون به او اتفقوا واتفق اصحابنا ان جميع ذوي الارحام
يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين الا في ولد الاخوة والاخوات لام خاصة فانه يكون بينهم
بالسوية **قال** رحمه الله والمعتق احق بالفاضل عن سهم ذوي السهام اذا لم يكن عصبة
سواه وقد بينا ذلك **قال** ومولى الموالاة ترث وقال الشافعي لا ترث دليلنا قوله
تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم فاوجب الله الميراث بالمعاقدة وذلك لا يكون
الا بالموالاة وروي في حديث تميم الداري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فيمن اسلم على
يدي رجل هو احق الناس به محياه ومماته ومعلوم انه لم يرد تعلق الحكم بمجرد الاسلام فلم يبق
الا ان يكون المراد به الاسلام والموالاة ولان مال الانسان اذا لم يتعلق به حق معين جاز
ان ينتقل الملك فيه الى من شاء اصله حال الحيوة فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث قيل له يحتمل ان اعطى كل
ذي حق حقه من المذكورين في الاية ويحتمل اعطى كل مستحق وقد علمنا انه لم يعط في الاية كل
مستحق لانه لم يذكر فيها مولى العتاقة ولا الجدة فعلم ان المراد به المذكورين وخلافنا وقع
فيمن لم يذكر في الاية فان قيل كل سبب لا يورث به مع وجود النسب بحال لا يورث به
مع عدمه كما لو اسلم احدهما على يد الاخر قيل له قد يورث عندنا مع وجود النسب
اذا كان النسب عبدا او قاتلا او كافرا ويبطل بمولى العتاقة مع العصبة من النسب
والمعنى اذا اسلم على يديه ولم يواله انه لا يلزمه نصرة خاصة ولا التزم ذلك فلم يرثه بالولا
وفي مسئلتنا قد التزم له نصرة خاصة فصار كولاء العتاقة الذي لزمه بعتقه نصرة خاصة
قال رحمه الله فان اذا ترك المعتق اب مولاه وابن مولاه فماله للابن وقال
ابو يوسف للاب السدس والباقي للابن وجه قولهما ان الاب مع الابن من ذوي السهام
فلا يرث بالولاء كالام ولا يجوز اعتبار تعصيب الاب بحال لان البنت تكون عصبة في حال
ولا ترث مع الابن وجه قول ابي يوسف ان كل واحد منهما عصبة على الانفراد فاذا
اشتركا في الارث ورثا بالولاء اصله الاخوين **قال** فان ترك جد مولاه واخا مولاه

فالمال للجد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو بينهما وهذا الخلاف فرع على اختلافهم في ميراث الجد فعند ابي حنيفة ان الجد هو العصبة ويسقط مع الاخ وكذلك يكون احق بالولا وعند ابي يوسف ومحمد ان الاخ والجد يشتركان في الميراث فكذلك يشتركان في ميراث الولا **قال** ولا يباع الولا ولا يوهب ومن الناس من قال تجوز هبته وهذا لا يصح لما روي في حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب. ولانه سبب يورث به فلا يصح هبته اصله النسب والنكاح فان قيل روي ان اسما اعتقت عبدا ووهبت الولا لابن عباس قيل له يحتمل انها اعتقته عنه فقيل انه وهبت له الولا ويجوز ان يكون معناه وهبت له ما استحقته من الارث وقد اختلف السلف رضي الله عنهم في الكلالة والصحيح انه اسم للميت نفسه ويدل عليه ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال الكلالة من لا ولد له ولا والد وعن ابن عباس مثل ذلك وعن عمر رضي الله عنه انه قال الكلالة من لا ولد له فلما طعن قال رايت في الكلالة من لا ولد له وقد قال ابو بكر من لا ولد له ولا والد اني لاستحيي من الله تعالى ان اخالف ابا بكر هو ما عدا الوالد والولد وهذا كله يدل على ان الميت نفسه يسمى كلالة وانه يُعرف بانه لا ولد له ولا والد وقد يسمى ايضا بعض الورثة كلالة بدليل ما روي في حديث جابر بن عبد الله قال اتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني وانا مريض فقلت كيف الميراث وانما ترثني كلالة فنزلت لهم ميراث الفرايض وروي ثلثة من بني سعد ان سعدا مرض بمكة فقال يا رسول الله ليس لي وارث الا كلالة فاخبر ايضا ان الورثة هم الكلالة وقد روي ايضا ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال من مات وليس له ولد ولا والد فورثته كلالة وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تكفيك اية الصيف وهو قوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرو هلك ليس له ولد وانما نزلت في الصيف ورسول الله صلى الله عليه وسلم تجهز الى مكة والله اعلم

حساب الفرايض قال رحمه الله اذا كان في المسلة نصف ونصف او نصف وما بقي فاصلها من اثنين واذا كان في المسلة ثلث وما بقي او ثلثان فاصلها من ثلاثة وان كان ربع وما بقي او ربع ونصف فاصلها من اربعة واذا كانت ثمن وما بقي او ثمن ونصف وما بقي فاصلها من ثمانية واذا كانت نصف وثلث او سدس فاصلها من

ونقو

ونقول الي سبعة وثمانية وتسعة وعشرة واذا كان مع الربع ثلث او سدس فاصلها من اثني عشر وتعول الي ثلثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر وان كان مع الثمن ثلثان او سدس فاصلها من اربعة وعشرين وتعول الي سبعة وعشرين وهذه الجملة لا خلاف فيها الا في العول فروي عن ابن عباس انه كان لا يعيل الفرايض ويدخل النقص على من يصير عصبة في حال ووجه القول الاول ان الله تعالى جعل للزوج النصف وللاخت من الاب والام النصف وللاخوة من الام الثلث ولم يفصل بين حال الاجتماع وحال الانفراد فوجب استعمال النص على حسب الامكان فاذا انفردوا واتسع المال اخذ كل واحد جميع حقه واذا اجتمعوا وجب استعمال حكم الاية في التضارب فيضرب كل واحد في التركة بقدر حقه ويكون اولى من ان يوفي بعضهم حقه ويسقط حق البعض لتساويهم في التسمية والذي يبين ذلك ويوكده قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين ومعلوم ان اصحاب الوصايا يتضاربون في الثلث حال الاجتماع اذا اوصي لرجل بثلث ماله والاخر بسدس ماله ولا يقدم بعضهم على بعض لتساويهم في التسمية كذلك هذا وعلى هذا الابن يستحق جميع المال اذا انفرد والبنت تستحق النصف في حال الانفراد واذا اجتمعا ضرب كل واحد منهما بقدر حقه كذلك هذا وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال في ابنتين وابوين وامراة صار ثمنها تسعا وهو قول عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وقد روي ان ابن عباس قال اول من اعال الفرايض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله عز وجل ما عالت فريضة قط فقيل له واي ذلك قدم الله تعالى فقال كل فريضة لم تزل الي فريضة اخرى فهي التي قدم كالزوج والمراة والام لا يزالون من فرض الي فرض والبنات والاخوات تزلن من فرض الي فرض وهو التعصيب مع البنين والاخوة فيكون لهن ما بقي كذلك ههنا وجب ان يبدا باصحاب السهام ثم يدخل الضرر على من يستحق ما بقي في حال فقيل لابن عباس هلا راجعت فيه عمر فقال انه كان امرا مهيبا وبعا وروي انه قال لو كلمت فيه عمر لرجع والجواب ان الله تعالى انما قدم البعض على البعض حال التعصيب فاما في حال التسمية التي لا تعصيب فيها فليس احد منهم اولى بالتقديم من الاخر وقد روي عن ابن عباس ايضا انه قال اترون الذي احصى رمل عالج عددا جعل في مال قسمة نصفا ونصفا وثلثا فهذا النصف وهذا النصف فاين موضع الثلث فقال له عطا يا ابن عباس ان هذا لا يغني عنك شيا ولا عني لو مت او مت قسم ميراثنا على ما عليه القوم من خلاف رايك قال ابن عباس فان شاوا ندع ابنانا وابناكم ونسانا ونساكم وانفسنا وانفسكم ثم نبتهل

فنجعل لعنة الله على الكاذبين ما جعل الله في مال نصفا ونصفا وثلثا وهذا الذي ذكره انما يدل
على ان كل واحد منهم لا يمكنه ان يستوفي جميع حقه في هذه الحال ولا يمنع من التضادب ولا يدل
على تقديم بعضهم على بعض **قال** واذا انقسمت المسئلة على الورثة فقد صحت وان لم تنقسم سهام
فريق عليهم فاضرب عددهم في اصل المسئلة وعولها ان كانت عايلة فما خرج صحت منه المسئلة
كامراة واخوين للمراة الربع سهم وللاخوين ثلثة اسهم لا ينقسم عليهما فاضرب اثنين في اصل المسئلة
تكون ثمانية ومنها تصح فللمراة سهمان ولكل اخ ثلاثة اسهم **قال** فان وافق سهامهم عددهم
ضربت وفق عددهم في اصل المسئلة كامراة وستة اخوة للمراة الربع سهم وللاخوة ثلثة اسهم
لا ينقسم على عددهم لكن يوافقه بالاثلاث فاضرب ثلث عددهم وهو اثنان في اصل المسئلة
يكون ثمانية ومنها تصح المسئلة للزوجة سهمان ولكل اخ سهم **قال** فان لم تنقسم سهام
فريقين او اكثر فاضرب احد الفريقين في الاخر ثم ما اجتمع في الفريق الثالث ثم ما اجتمع في اصل
المسئلة وهذا الذي ذكره مثل زوجتين وثلث جدات وخمسة اخوة للزوجتين الربع وللجدات
السدس والباقي للاخوة فاصل المسئلة من اثني عشر للزوجتين ثلثة اسهم لا تنقسم على اثنين
ولا توافق وللجدات سهمان لا ينقسمان على ثلاثة ولا توافق وللاخوة سبعة اسهم لا تنقسم
على الاخوة وهم خمسة ولا توافق فيضرب عدد الزوجات وهو اثنان في عدد الجدات
يكون ستة ثم يضرب ذلك في عدد الاخوة وهو خمسة يكون ثلاثين ثم تضرب ذلك في
اصل المسئلة وهو اثني عشر يكون ثلثماية وستين ومنه تصح المسئلة فاذا اردت
القسمة فكل من كان له شي من اصل المسئلة فاضربه فيما ضربته في المسئلتين كان للزوجتين ثلثة
اسهم مضروبة في ثلثين يكون تسعين سهما لكل زوجة خمسة واربعين سهما وللجدات
سهمان مضروبان في ثلاثين يكون ستين سهما لكل جدة عشرون سهما وللاخوة سبعة
اسهم مضروبة في ثلاثين تكون مايتي سهم وعشرة اسهم لكل اخ اثنان واربعون سهما
قال فان تساوت الاعداد اجزا احدهم عن الاخر كامراتين واخوين اصل المسئلة من
اربعة للمراتين سهم لا ينقسم على اثنين وللاخوة ثلثة اسهم لا ينقسم على اثنين وعدد
الزوجات مساو لعدد الاخوين فيضرب احدهما في اصل المسئله وهو اربعة تكون ثمانية
ومنها تصح للزوجتين سهما وللاخوين ستة اسهم **قال** فان كان احد العددين جزوا
من الاخر اغني الاكثر عن الاقل كاربع نسوة واخوين اصل المسئلة من اربعة للزوجات

سهم

سهم لا ينقسم على اربعة وللاخوين ثلثة اسهم لا ينقسم على اثنين والاثنان جزو واحد من
اربعة فاضرب اربعة في اصل المسئله وهو اربع تكون ستة عشر ومنها تصح للنسوة اربعة
اسهم وللاخوين اثنا عشر لكل واحد ستة اسهم **قال** فان وافق احد العددين الاخر
ضربت وفق احدهما في جميع الاخر ثم ما اجتمع في اصل المسئلة كاربع نسوة واخت وستة اعمام
اصله من اربعة للنسوة سهم لا ينقسم عليهن وللاخت سهمان وللاعمام سهم لا ينقسم عليهم
لكن عدد الاعمام يوافق عدد النسوة بالنصف فاضرب نصف احدهما في جميع الاخر يكون اثنا
عشر ثم اضرب ذلك في اصل المسئلة وهو اربعة تكون ثمانية واربعين ومنها تصح المسئله للنسوة
اثنا عشر سهما لكل واحدة ثلثة اسهم وللاخت اربعة وعشرون سهما وللاعمام اثنا عشر سهما
لكل واحد سهمان وهذه الجملة التي ذكرها في تصحيح المسايل تشتمل على سبعة معان ثلثة منها
في السهام واربعة في الاعداد والمنكسر عليهم سهامهم والذي يجب ان يبتدي بمراعات
المعاني التي في السهام فاولها ان تنقسم السهام على فريق فلا تحتاج الى ضرب ولا قسمة
والثاني ان لا تنقسم السهام على الاعداد ولا توافق فيجب ان تضرب الاعداد في اصل المسئله
وعولها ان كانت عايلة فما بلغ صحت منه المسئلة والثالث ان لا تنقسم السهام على عدد الروس
لكنها توافقها فيضرب وفق العدد في اصل المسئلة وعولها ان كانت عايلة فاذا نظرت في المعاني
التي في السهام على الوجه الذي بيناه فيجب ان ينظر بعد ذلك في اعداد الروس المنكسر عليهم
سهامهم فان كان فيها عددان متساويان اكتفيت باحدهما وضربته في اصل المسئله وعولها
وان كان فيها عددان احدهما جزو واحد من الاخر اكتفيت بالاكثر منهما وضربته في اصل
المسئلة وعولها ان كانت عايلة وان كانت الاعداد لا يوافق بعضها بعضا ضربت العدد
الاول في الثاني ثم ما اجتمع في الثالث ثم ما اجتمع في اصل المسئلة وعولها فما بلغ صحت
منه المسئلة وقد مضى امثلة ذلك كله فيما تقدم **واما حساب**
مسايل الرد فان كان لجميع من في المسئلة يرد عليه صححت مسئلتهم واخذت سهامهم من
تلك المسئلة وجعلتها اصل مسئلتهم وقسمت المال عليها مثل ام واخت من اب وام مسئلتهم
من ستة للام سهمان وللاخت ثلثة اسهم فيقول المال بينهم على خمسة اسهم للاخت ثلاثة
اخماسه وللام خمساه وان كان في المسئلة من لا يرد عليه اعطيته سهمه من اقل سهم يمكن
وجعلت الباقي بين من يرد عليه على قدر سهامهم التي كنت تقسم عليها لو كانوا منفردين

مثاله زوجة وام وبنت للزوجة الثمن سهم من ثمانية والباقي وهو سبعة اسهم بين البنت
والام على اربعة وهي سهاما مهمامن سته لوكانتا منفردتين وسبعة على اربعة لاتنقسم فيضرب
اربعة في اصل مسله من لا يرد عليه وهو ثمانيه فيكون اثنين وثلثين ومنه تصح المسلة كان للزوجة
سهم مضروب لها في اربعه يكون ذلك اربعة وهو نصيبها والباقي وهو ثمانية وعشرون
بين الام والبنت على اربعة للام سبعة اسهم وللبنت احد وعشرون سهما ومثل اربع نسوة
واخت من اب وام وجدة للنسوة الربع سهم من اربعة لاتنقسم عليهن والباقي وهو ثلاثه
اسهم بين الاخت والجدة على اربعة اسهم وهي سهاما مهمامن مسلتهما لوكانتا منفردتين وثلاثه
على اربعة لاتنقسم ولاتوافق لكن سهام مسلتهم وهي اربعة متساوية لعدد الزوجات
فيضرب احدهما في اصل المسلة وهو اربعة يكون سته عشر ومنه تصح المسلة للزوجات
سهم في اربعة يكون ذلك اربعة وهو نصيبهن والباقي وهو اثناعشر بين الجدة والاخت
على اربعة للاخت ثلاثه ارباعه تسعة اسهم وللجدة ربعه وهو ثلثه اسهم **قال**
رحمه الله اذا صححت المسلة فاضرب سهام كل وارث في التركه واقسم ما اجتمع على ما صححت
منه الفريضه يخرج حق ذلك الوارث مثاله اربع نسوة واخت من اب وستة اعمام والتركه ستون
دينارا فالمسله تصح من ثمانية واربعين للنسوة اثناعشر سهما وللاخت اربعة وعشرون سهما
وللاعمام اثناعشر سهما وان اردت معرفة نصيب النسوة من التركه ضربت سهامهم وهي
اثناعشر في التركه وهي ستون تكون سبعماية وعشرون وقسمت ذلك على طريق الفريضة
وهي ثمانية واربعون يخرج خمسة عشر وهي نصيبهن من الدنانير وان اردت معرفة نصيب
الاخت ضربت سهامها وهي اربعة وعشرون في التركه يكون الفا واربعماية واربعين ثم يقسم
ذلك على سهام الفريضة وهي ثمانية واربعون يخرج ثلاثون وهو نصيبها من الدنانير وعلى هذا
يخرج نصيب الاعمام **قال** رحمه الله واذا لم تقسم التركة حتى مات احد الورثه
فان كان ما يصيبه من الميت الاول ينقسم على ورثته فقد صححت المسلتان فيما صححت منه
الاولى مثال ذلك زوجة واخت من اب وام وخمسة اعمام للزوجة الربع وللاخت النصف
والباقي للاعمام اصل المسلة من اربعة للزوجة سهم وللاخت سهمان وللاعمام سهم لا ينقسم
على عددهم وهو خمسة في اصل المسلة وهو اربعة يكون عشرين ومنه تصح المسلة للزوجة
خمسة اسهم وللاخت عشرة ولكل عم سهم لم تقسم التركه حتى ماتت الزوجة وتركت خمسة
اخوة

اخوة كان مسلتها من خمسة وقد ماتت عن خمسة وذلك ينقسم على ورثتها فقد صححت المسلة
من عشرين **قال** وان لم ينقسم يعني مسلة الميت الثاني على ورثته صحح مسلة الميت
الثاني كما بينا في باب التصحيح ثم ضربت احدى المسلتين في الاخرى ان لم يكن بين سهام الميت
الثاني وما صحت منه فريضته موافقة وهذا الذي ذكره مثاله زوجة واخت لاب وثلثه
اعمام اصل المسله من اربعة وتصح من اثنى عشر فلم تقسم التركة حتى ماتت الزوجة وتركت
خمسة اخوة فمسلتها من خمسة وقد ماتت من ثلاثة اسهم وهي لاتنقسم على خمسة ولا توافق فتضرب
المسلة الثانيه وهي خمسة في المسلة الاولى وهي اثناعشر تكون ستين ومنه تصح المسلتان
وكل من له شي من المسلة مضروب له فيما مات عنه ميته وكان لاخت الميت الاول من المسلة الاولى
سته اسهم مضروب لها في المسلة الثانيه وهي خمسة فتكون ثلثين وهي نصيبها وكان للاعمام
من المسلة الاولى ثلثة اسهم مضروبة لهم في المسلة الثانية يكون خمسة عشر وهي نصيبهم ولكل
واحد من اخوة الميت الثاني من المسلة الثانية سهم مضروب له فيما مات عنه ميته وهو ثلاثة
اسهم يكون ذلك ثلاثه وهو نصيبه **قال** فان كانت سهام الميت الثاني موافقة
لمسلته فاضرب وفق المسلة الثانية في المسلة الاولى فما اجتمع صحت منه المسلتان وكل من له
شي من المسلة الاولى مضروب له في وفق المسلة الثانية وكل من له شي من المسلة الثانية مضروب
له في وفق ما مات عنه ميته مثال ذلك زوجة واخت لاب وخمسة اعمام اصل المسله من اربعة
ويصح من عشرين فلم تقسم التركة حتى ماتت الاخت وتركت زوجا واما وبنتا وعما فمسلتها
من اثني عشر وقد ماتت عن عشرة اسهم وذلك لا ينقسم على مسلتها لكن يوافقها بالانصاف
فتضرب نصف المسله الثانية وهو ستة في جميع المسلة الاولى وهو عشرون يكون مائة
وعشرون ومنه تصح المسلتان كان لزوجة الميت الاول من المسلة الاولى خمسة اسهم مضروبة
لها في وفق الثانية وهو سته يكون ثلثين وهو نصيبها وكان للاعمام من المسلة الاولى خمسة
اسهم مضروبة لهم في ستة تكون ثلثين لكل واحد ستة اسهم ولزوج الميت الثاني من المسله
الثانية ثلثه اسهم مضروبة له في وفق ما مات عنه ميته وهو خمسة عشر وهو نصيبه ولابنة
الميت الثاني من المسلة الثانية ستة اسهم مضروبة لها في خمسة تكون ثلثين وهو نصيبها ولام
الميت الثاني من المسلة الثانية سهمان مضروبان في خمسة يكون ذلك عشرة وهي نصيبها ولعم
الميت الثاني من المسلة الثانية سهم مضروب له في خمسة يكون خمسة وهي نصيبه **قال**

فان مات ثالث قبل قسمة التركه عملت على ما ذكرنا في الميت الاول والثاني وجعلت ذلك بمنزله مسله
واحدة ثم عملت مسلة الميت الثالث كما كنت تعمله في المسله الثانية وعلي هذا القياس اذا مات رابع
وخامس **قال** واذا صحت مسلة المناسخة واردت معرفة ما يصيب كل واحد من حساب الدراهم
قسمت ما صحت منه المسلة على ثمانية واربعين فما خرج اخذت له من سهام كل وارث حبه ومثال
هذا المسلة المتقدمة وتصح من ماية وعشرين فاذا قسمنا ذلك على ثمانية واربعين خرج من القسمة
اثنان ونصف وهو حبة فاذا اردت معرفة نصيب زوجة الميت الاول وهو ثلثون اخذت
لكل اثنين ونصف حبة يكون لها اثنا عشر حبة وقدره من الدراهم دانق ونصف وللاعمام ايضا
مثل ذلك وللزوج الميت الثاني خمسة عشر وقدره ست حبات وهو ثمن درهم وكذلك لعم الميت
الثاني ولابنته ثلثون سهما وقدرها دانق ونصف وعلى هذا القياس تعمل جميع ما اتاك من المسايل
ان شا الله وقد انتهينا على ما ضمنا ابداعه في هذا الكتاب والرغبة الى الله تعالى جلت عظمته في ان
ينفع الناظر فيه به وهو عز اسمه بمنه وكرمه يسمع ويجيب ووجدت في اكثر الاصل خللا في بعض
المسايل وهو خطا من الناسخ وقد اصلحت جميع ذلك على ما يقتضيه مذاهب اصحابنا رحمة الله
عليهم اجمعين ● تم شرح مختصر القدوري رحمة الله عليه على مذهب الامام الاعظم ●
● ابي حنيفة رضي الله عنه تصنيف الشيخ ●
● الامام العالم العلامة ابو نصر احمد بن محمد ●
● البغدادي عرف بالاقطع قدس الله روحه ●
● ونور ضريحه وغفر الله لكاتبه ●
● ولمن كتب له وللناظر فيه ●
● ولكل المسلمين اجمعين ●
● وصلى الله على سيدنا محمد واله ●
● وصحبه اجمعين وحسبنا ●
● الله ونعم الوكيل ●
● برسم الجناب العالي السيفي بهادر الخاصكي الملكي الظاهري ●
● اعزه الله تعالى ولطف به ●
● في الدنيا والاخرة ●